



dell'Arma dei Carabinieri  
**Rassegna**

---

Quaderno n. 1/2017

TESI DI LAUREA DEI FREQUENTATORI DEL  
22° CORSO DI PERFEZIONAMENTO

Anno Accademico 2015-2016

*Riciclaggio, autoriciclaggio e reati tributari: emotività  
politico mediatica e diritti di proprietà  
(Ten. Nicolò Lusito)*

*Il Mandato di Arresto Europeo  
(Ten. Ugo Mercurio)*

**Scuola Ufficiali Carabinieri, 2017**

# **Rassegna** dell'Arma dei Carabinieri

**Direttore Responsabile**  
Gen. D. Vittorio Tomasone

**Redattore Capo**  
Col. Giuseppe Arcidiacono

**Redazione**  
Lgt. Remo Gonnella  
M.A. s.UPS. Alessio Rumori  
Brig. Mario Pasquale  
App. Sc. Lorenzo Buono

**Direzione e Amministrazione**  
Via Aurelia, 511 - 00165 Roma - tel. 06-66394680  
fax 06-66394746; e-mail:[scuf rassegna@carabinieri.it](mailto:scuf rassegna@carabinieri.it)

**Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione**  
a cura della Redazione

**Fonti iconografiche**  
Ministero della Difesa  
Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri  
Scuola Ufficiali Carabinieri

*La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei Quadri dell'Arma offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto. La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti. La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione. Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna. La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali. È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.*

Periodico trimestrale a carattere scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri  
Proprietà editoriale del Ministero della Difesa Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma  
al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito [www.carabinieri.it](http://www.carabinieri.it)  
dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

## PRESENTAZIONE

Apriamo questo primo Quaderno del 2017 con due tesi di laurea di Ufficiali del 22° Corso di Perfezionamento.

Nel primo lavoro, “*Riciclaggio, autoriciclaggio e reati tributari: emotività politico mediatica e diritti di proprietà*”, il Ten. Nicolò Lusito descrive la normativa antiriciclaggio attraverso un’ampia disamina del fenomeno, focalizzando l’attenzione sui reati tributari connessi con le violazioni fiscali, chiarendo il significato di riciclaggio ed evasione, spesso attecnicamente utilizzati.

La seconda tesi, dal titolo “*Il Mandato di Arresto Europeo*”, del Ten. Ugo Mercurio, tratta l’evoluzione della disciplina normativa inerente allo strumento di cooperazione giudiziaria del Mandato di Arresto Europeo.

Gen. D. Vittorio Tomasone



**RICICLAGGIO, AUTORICICLAGGIO E REATI TRIBUTARI:  
EMOTIVITÀ POLITICO MEDIATICA E DIRITTI DI PROPRIETÀ**

*Ten. Nicolò Lusito*



## INDICE

### Premessa

Un problema culturale alla base della confusione tra riciclaggio ed evasione

## CAPITOLO 1

### **Il riciclaggio come presentazione lecita di proventi illeciti: possibilità che sia commesso dall'autore del reato**

- 1.1. L'evoluzione della normativa antiriciclaggio in ambito internazionale e la sempre maggiore attenzione alle violazioni fiscali .....1
- 1.2. *Segue:* e in ambito comunitario.....4
- 1.3. Gli attuali adempimenti antiriciclaggio nella normativa nazionale .....6
- 1.4. L'influenza degli accordi internazionali sull'ampliamento della categoria dei reati presupposto del riciclaggio e sull'inserimento del reimpiego, nonché il rapporto tra gli stessi.....7
- 1.5. *Segue:* le pressioni internazionali e le incertezze nazionali sull'introduzione e sulla natura del reato di autoriciclaggio ..... 12
- 1.6. Il rapporto tra i reati di ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio e l'*intento doppiamente punitivo* del legislatore penale ..... 15
- 1.7. Le proposte della *Commissione Greco* e l'incertezza sull'esclusione delle ipotesi di godimento personale ..... 18
- 1.8. *Segue:* la diversa scelta del legislatore rispetto alle proposte della *Commissione Greco* e le conseguenti difficoltà interpretative..... 21
- 1.9. Il riciclaggio oltreconfine e il semplicistico riferimento alla situazione estera come incentivo a un intervento nel nostro ordinamento ..... 23
- 1.10. *Segue:* la differente percezione che del reato di riciclaggio si ha all'estero e in Italia, con una conseguente differenza applicativa nei due contesti ..... 27
- 1.11. La tendenza ad accostare la normativa antiriciclaggio al fine antievasivo, per la confusione emergente tra i due ambiti ..... 29

## CAPITOLO 2

### Tendenze di opinione sull'evasione fiscale e autoriciclaggio

- 2.1. La confusione della pubblica opinione alla base dell'inefficienza della macchina tributaria dove le aziende non arrivano..... 32
- 2.2. *Segue:* i motivi alla base dell'incomprensione del meccanismo di tassazione attraverso le aziende..... 37
- 2.3. *Segue:* le soluzioni incomplete all'evasione fiscale fornite dai laici, nel dondolarsi degli studiosi..... 40
- 2.4. La responsabilità dei media nell'accrescimento della confusione in tema di determinazione tributaristica della ricchezza..... 44
- 2.5. L'illusione di poter portare la contabilità aziendale dove le aziende non arrivano ... 46
- 2.6. Le aziende come capro espiatorio e tacciate di immoralità soltanto perché strutture organizzate e prive di umanità..... 48
- 2.7. *Segue:* le contestazioni interpretative come palliativo all'incapacità valutativa degli uffici tributari dove le aziende non arrivano ..... 51
- 2.8. *Segue:* il mito della grande evasione e dell'evasore ladro, alimentato dalla mancanza di comprensione dei meccanismi aziendali ..... 53
- 2.9. *Segue:* l'aumento della ricchezza non registrata come risultato dell'odierna lotta all'evasione ..... 57
- 2.10. L'attività valutativa degli Uffici come elemento realmente necessario per una corretta e mirata determinazione della ricchezza non registrata..... 59

## CAPITOLO 3

### Le conseguenze della confusione sulla determinazione della ricchezza, tra falso mito dell'utilizzabilità delle misure antiriciclaggio a fini fiscali, dell'efficacia dei condoni e dell'evasione nei paradisi fiscali

- 3.1. La tendenza a piegare la normativa antiriciclaggio in funzione antievasione..... 63
- 3.2. *Segue:* la relativa utilità del nuovo sistema di monitoraggio dei dati finanziari ..... 65



3.3. L'esigenza di coordinamento tra tassazione attraverso le aziende e l'attività valutativa degli uffici.....	69
3.4. <i>Segue:</i> la relatività degli accertamenti bancari e il ruolo invece fondamentale delle stime per ordine di grandezza.....	72
3.5. <i>Segue:</i> l'utilità degli studi di settore nell'attività valutativa degli uffici, da coordinare assolutamente alla tassazione attraverso le aziende.....	76
3.6. <i>Segue:</i> l'importanza dell'intreccio degli studi di settore con il cosiddetto <i>redditometro</i> ai fini della determinazione della ricchezza non registrata.....	79
3.7. <i>Segue:</i> la necessità di una schedatura fiscale corroborata da un'indispensabile attività valutativa da parte degli uffici.....	83
3.8. Il limite al contante, forse utile ai fini antiriciclaggio, inutile per le finalità antievasione e dannoso per chi è in regola.....	85
3.9. <i>Segue:</i> una tassazione disincentivante sull'uso del contante in chiave realmente antievasiva.....	90
3.10. <i>Segue:</i> la natura di sanzione del prelievo sulle operazioni <i>soprasoglia</i> .....	93
3.11. <i>Segue:</i> l'importanza di un attento prelievo sul contante e della sua intersezione con ulteriori strumenti, ai fini della determinazione della ricchezza.....	95
3.12. Il disallineamento tra riciclaggio ed evasione e necessità di un pacchetto di misure antievasive appropriate.....	97
3.13. Lo scandalo dei <i>Panama Papers</i> , tra autoriciclaggio, riciclaggio ed evasione fiscale..	100
3.14. <i>Segue:</i> l'evasione fiscale portata avanti grazie ai <i>Paradisi Fiscali</i> e alle società <i>offshore</i> .	103
3.15. <i>Segue:</i> l'erronea convinzione che a Panama vi fossero soldi derivanti da evasione fiscale.....	109
3.16. Il continuo ricorso ai condoni come ulteriore risultato della confusione in tema di determinazione della ricchezza.....	112
3.17. <i>Segue:</i> la <i>voluntary disclosure</i> , pur diversa dai precedenti condoni, comunque frutto del <i>caos</i> in materia fiscale.....	115

## CAPITOLO 4

### Liceità delle attività economiche da cui deriva l'evasione

- 4.1. La pluralità di disvalori alla base del riciclaggio e dell'autoriciclaggio e la loro convivenza con i reati tributari..... 119
- 4.2. L'evoluzione giurisprudenziale sull'includibilità dei proventi da evasione fiscale nelle altre utilità..... 123
- 4.3. Il problema della confiscabilità dei proventi da evasione a conferma della difficoltosa individuazione degli stessi ..... 125
- 4.4. *Segue:* lo sfasamento temporale tra il momento della condotta evasiva e quello di riciclaggio o autoriciclaggio come ulteriore difficoltà applicativa..... 129
- 4.5. *Segue:* la questione della soglia di punibilità nell'accertamento del reato fiscale e di quello successivo di (auto)riciclaggio..... 130
- 4.6. *Segue:* la fungibilità del denaro, oggetto di evasione fiscale, come ulteriore problema all'applicazione della fattispecie di autoriciclaggio ..... 132
- 4.7. L'illusione di poter affrontare la determinazione dei tributi in chiave penalistica... 133
- 4.8. La natura di palese liceità dei proventi da evasione fiscale rispetto a quelli derivanti da diversi reati..... 137
- 4.9. *Segue:* la responsabilità dei giuristi nel complicato rapporto tra riciclaggio, autoriciclaggio ed evasione..... 138
- 4.10. *Segue:* lo sfasamento tra riciclaggio e autoriciclaggio e l'apparenza lecita già presente nel provento di evasione fiscale ..... 142
- 4.11. *Segue:* evasione come momento successivo rispetto a quello della produzione lecita di ricchezza..... 144
- 4.12. *Segue:* il rischio di andare a punire per autoriciclaggio chi non credeva nemmeno di aver evaso..... 146
- 4.13. Il diverso reato di *ostruzionismo alle indagini fiscali* come possibile soluzione..... 148

### Conclusioni

- Una risposta fuori luogo alla tematica dell'evasione ..... 151

## PREMESSA

### UN PROBLEMA CULTURALE ALLA BASE DELLA CONFUSIONE TRA RICICLAGGIO ED EVASIONE

*In materia fiscale si è andati incontro a un costante appiattimento della pubblica opinione e degli studiosi, che ha finito col coinvolgere la classe dirigente, le istituzioni pubbliche e gli stessi uffici tributari, in una confusione vorticoso capace di far perdere di vista a tutti il vero obiettivo dell'attività del Fisco, che non consiste nel fare risultato di servizio, quanto piuttosto nel determinare il più correttamente possibile la ricchezza ai fini tributari. Nella perdita di coscienza generale, e nella concomitante crisi economica martellante, si è stati portati ad attribuire la colpa di tutti i mali dell'Italia, e non solo di quelli in materia tributaria, ai cd. Grandi Evasori, identificati con le aziende, viste come pasticceri un po' troppo cresciuti. Si è iniziato così a caricare la questione di una già latente invidia sociale e di odio nei confronti di questi soggetti, non considerando che in realtà è proprio dall'attività di questi che proviene la parte maggiore di gettito tributario. Nella confusione attuale, nel silenzio di studiosi latitanti, sono state proposte le idee più disparate, presentate come la soluzione di tutti i mali, senza accorgersi che, in realtà, queste nella migliore delle ipotesi avrebbero potuto dispiegare effetti positivi solo se poste in un sistema di interventi mirati e determinati. Questo è accaduto anche col coinvolgimento della normativa antiriciclaggio, piegata, sacrificata ai fini tributari, senza che essa, per sua intrinseca natura, potesse realmente risolvere i problemi. La normativa antiriciclaggio è negli anni entrata nel cerchio magico di quelle misure costituenti uno specchio per le allodole, cui si è nel tempo fatto ricorso per nascondere, occultandoli, i difetti e le mancanze nell'attività deterministica degli uffici tributari. Ci si è, insomma, appiattiti sul normativismo anche in materia antiriciclaggio, ritenendo che questa fosse facilmente dispiegabile in materia tributaria, credendo realmente che potesse andare a stanare gli evasori ladri, assimilati in tutto e per tutto a delle categorie delinquenziali con cui nulla hanno a che fare. Da un lato, senza considerare che l'evasore è tale perché ne ha l'opportunità, questi viene tacciato di perversione, mentre dall'altro si addebita la situazione evasiva italiana o a delle aliquote presuntivamente troppo alte o a una ipotetica mancanza di senso civico, senza rendersi in realtà conto del fatto che il vero problema italiano consiste nell'assenza della macchina tributaria, managerializzata e smilitarizzata, e nel suo susseguente appiattimento sulla ragionierizzazione delle stime, che ha, anche in questo caso, portato a una visione distorta della realtà, e in particolare della normativa antiriciclaggio, che coinvolge le banche e in generale tutti gli intermediari finanziari. Questo sistema è stato sempre più visto come una ghiotta occasione per parlare a sproposito, tanto per, in materia fiscale, aumentando il senso di sperequazione tributaria*

*tra dipendenti e indipendenti e senza contribuire in alcun modo a un dibattito costruttivo. Diverse sono state le esposizioni mediatiche e politiche sul tema, andando a individuare in questa normativa magica una chissà quale formula liberatoria che potesse liberare nos a malo, soltanto per la capacità degli strumenti da questa messi a disposizione di acquisire un maggior numero di movimentazioni tracciate. Il fatto che le decisioni internazionali in materia di antiriciclaggio abbiano sempre più inglobato e tenuto in considerazione il fenomeno, ha portato alla erronea convinzione che i due problemi fossero una cosa sola, perdendo l'allineamento necessario in materia per comprendere la differenza fra di essi. Non ci si è accorti, nella frenesia di spararla grossa, come i due ambiti avessero sì qualcosa in comune, ma non poi proprio tutto, arrivando addirittura al paradosso che, in certi casi, è la stessa normativa antiriciclaggio a portare a un aumento dell'evasione. Ci si scorda che l'evasore ha paura della tracciabilità, e per la fretta di parlare, di fare la voce grossa, si pensa che gli intermediari debbano e possano stare a segnalare qualsiasi tipo di movimentazione sospetta di evasione, oltretutto di riciclaggio, proprio per la confusione suddetta, senza pensare al fatto che, per poter essere tracciate, le somme di denaro devono essere versate, oppure trattenute sui conti e mai prelevate, mentre uno stato di polizia darebbe il via al mantenimento delle somme in nero, con tanti saluti alla tracciabilità. Questa, in sostanza, pur essendo fondamentale, lo è e lo può essere soltanto a livello indicativo, con i dati da essa derivanti che risultano realmente rilevanti soltanto come indizi contabili, e non potendo al contrario sostituirsi in toto, come si vorrebbe, all'attività degli uffici tributari. Altre conseguenze derivano da questa confusione generale in materia fiscale, tra cui la convinzione della positività dei condoni, che in realtà rappresentano esattamente l'incapacità statica degli uffici nel valutare, cercando di fare gettito proprio là dove gli uffici non riescono – per incapacità e arrendevolezza – ad arrivare, e la convinzione che nei paradisi fiscali i soldi detenuti siano tutti da addebitare a fantomatici evasori, come è avvenuto con lo scandalo dei Panama Papers. In questo caso, invece, è importante rilevare come la percentuale dei soldi evasi sia ridicola rispetto a quella relativa ad altre motivazioni, tra cui soprattutto la corruzione e in particolar modo quella nei paesi emergenti, che hanno un livello minore di democrazia. Ultimo elemento di questa lunga serie di risultati culturali e mediatici, in qualche modo, negativi, riguarda la recente introduzione, tra mille difficoltà concettuali, del reato di autoriciclaggio, inserito insieme alla voluntary disclosure, misura che conferma ulteriormente la confusione montante sui temi che trattiamo, per i motivi approfonditi nel testo. È necessario un cambiamento culturale e concettuale, in cui la pubblica opinione, che pure riesce in qualche modo a comprendere la tassazione attraverso le aziende, cerchi di fare uno sforzo ulteriore, aiutata dai media e soprattutto dagli studiosi, per cercare di capire tutti gli altri elementi del puzzle tributario relativo alla determinazione della ricchezza ai fini tributari.*

# CAPITOLO 1

## IL RICICLAGGIO COME PRESENTAZIONE LEcita DI PROVENTI ILLECITI: POSSIBILITA' CHE SIA COMMESSO DALL'AUTORE DEL REATO

SOMMARIO: 1.1. L'evoluzione della normativa antiriciclaggio in ambito internazionale e la sempre maggiore attenzione alle violazioni fiscali - 1.2. *Segue:* e in ambito comunitario - 1.3. Gli attuali adempimenti antiriciclaggio nella normativa nazionale - 1.4. L'influenza degli accordi internazionali sull'ampliamento della categoria dei reati presupposto del riciclaggio e sull'inserimento del reimpiego, nonché il rapporto tra gli stessi - 1.5. *Segue:* le pressioni internazionali e le incertezze nazionali sull'introduzione e sulla natura del reato di autoriciclaggio - 1.6. Il rapporto tra i reati di ricettazione, riciclaggio e autori-ciclaggio e l'*intento doppiamente punitivo* del legislatore penale - 1.7. Le proposte della *Commissione Greco* e l'incertezza sull'esclusione delle ipotesi di godimento personale - 1.8. *Segue:* la diversa scelta del legislatore rispetto alle proposte della *Commissione Greco* e le conseguenti difficoltà interpretative - 1.9. Il riciclaggio oltreconfine e il semplicistico riferimento alla situazione estera come incentivo a un intervento nel nostro ordinamento - 1.10. *Segue:* la differente percezione che del reato di riciclaggio si ha all'estero e in Italia, con una conseguente differenza applicativa nei due contesti - 1.11. La tendenza ad accostare la normativa antiriciclaggio al fine antievasivo, per la confusione emergente tra i due ambiti

### 1.1. L'evoluzione della normativa antiriciclaggio in ambito internazionale e la sempre maggiore attenzione alle violazioni fiscali

La disciplina dell'antiriciclaggio ha subito una costante evoluzione, con diverse pronunce sia a livello sovranazionale, come più avanti vedremo, che internazionale. Con particolare riguardo a quest'ultimo ambito, è da tenere in considerazione la creazione di organismi *ad hoc*, tra tutti il *GAFI*, Gruppo di Azione Finanziaria, e il *Gruppo Egmont*. Il primo è un organismo intergovernativo, sorto nel 1989 in occasione del G7 di Parigi e avente oggi come scopo la promozione di politiche per il

contrasto del riciclaggio di denaro di origine illecita, del finanziamento al terrorismo e, dal 2008, della proliferazione di armi di distruzione di massa<sup>1</sup>. Il Segretariato è ospitato presso l'OCSE mentre la presidenza, di durata annuale, è assegnata a funzionari di livello apicale espressi dagli Stati membri. Ciò che davvero ha caratterizzato tale organismo e continua tuttora a farlo, consiste nelle ormai famose *raccomandazioni*, che rappresentano degli standard fondamentali in materia e ai quali fanno riferimento gli altri organismi internazionali, l'Unione Europea e i singoli Stati. Alle 40 *raccomandazioni* inizialmente emanate nel 1990, relative all'azione di monitoraggio in materia di riciclaggio e periodicamente aggiornate, se ne sono poi aggiunte, negli anni, altre 9 *speciali*, riferite al contrasto finanziario del terrorismo internazionale. La materia è stata interamente rivista nel febbraio 2012 con un profondo aggiornamento, teso a ridefinire un quadro globale e coerente di misure di contrasto, corredate da *note interpretative* che hanno introdotto innovazioni legate all'esperienza maturata nell'applicazione degli standard nel corso degli anni, alle criticità riscontrate nelle valutazioni dei sistemi antiriciclaggio nazionali e all'evoluzione dei rischi. A testimonianza dell'accresciuta attenzione del GAFI verso i collegamenti tra riciclaggio e illeciti tributari, le violazioni fiscali sono state ricomprese nell'ambito dei reati-presupposto del riciclaggio con la raccomandazione n. 3 del 2012, che ha stabilito l'assimilazione del riciclaggio di denaro a tutti i reati c.d. *gravi*, con l'intento di includervi la più ampia gamma possibile di reati preliminari. Di conseguenza, i reati fiscali *gravi* devono poter essere qualificati come preliminari al riciclaggio di denaro. Le raccomandazioni del GAFI, tuttavia, non forniscono una definizione del reato fiscale *grave*, bensì deferiscono al diritto interno degli stati membri il problema della specificazione e della creazione delle categorie di reati fiscali *gravi*.

---

<sup>1</sup> Raccomandazione n. 7 GAFI.

La citata raccomandazione specifica, tuttavia, che il reato fiscale grave può essere definito e sussunto in base a diversi parametri, tra i quali un limite fissato in base ad una categoria specifica di reati gravi, la durata della pena detentiva applicabile ai reati preliminari, attraverso il cd. *metodo della soglia*, una lista dettagliata di reati preliminari, oppure una combinazione dei metodi appena elencati. Si specifica altresì che, indipendentemente dal metodo che si è deciso di perseguire, ogni paese deve perlomeno includere una gamma di reati in queste categorie. Il reato di riciclaggio di denaro deve poter essere inoltre esteso a tutti i tipi di beni, indipendentemente dal loro valore, che costituiscano direttamente o indirettamente provento di reato. Nel tempo sono poi stati affinati degli obblighi preventivi di adeguata verifica della clientela degli operatori finanziari, chiarendone le modalità di adattamento alle caratteristiche del rischio e rafforzandone l'intensità nei casi di maggiore esposizione, ad esempio per le persone politicamente esposte sia *domestiche* che *estere*, che devono essere quindi sottoposte a misure obbligatorie di verifica *rafforzata*. Sono state anche introdotte misure più incisive per assicurare la trasparenza delle società e degli enti e per l'individuazione delle persone fisiche controllanti, che sarebbero i cd. *titolari effettivi*. Misure rafforzate di verifica devono essere applicate anche in relazione ad attività che comportino l'impiego di tecnologie operative di carattere innovativo o la commercializzazione di nuovi prodotti finanziari. Tra i temi fondamentali delle nuove raccomandazioni figura anche il rafforzamento delle *FIU*<sup>2</sup>, le Financial Intelligence Unit, e dei meccanismi di collaborazione internazionale. Le nuove regole, ispirate agli standard *Egmont*, precisano taluni aspetti dell'attività di analisi finanziaria, e stabiliscono, tra l'altro, un obbligo generale per le *FIU* di prestare la più ampia collaborazione possibile nei confronti delle controparti estere,

---

<sup>2</sup> Istituita in Italia con d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

secondo criteri di reciprocità e di assimilazione dei casi di sospetto esteri a quelli oggetto di approfondimento domestico. Il *Gruppo Egmont*, invece, è anch'esso un organismo *globale* di natura tecnica, costituito nel 1995 per iniziativa spontanea e informale proprio di alcune *FIU*, che nel tempo sono progressivamente aumentate, superando le 150 sparse in vari paesi. Nel 2010 il *Gruppo* si è trasformato in un'organizzazione internazionale, con Segretariato a Toronto, in Canada, e promuove oggi lo sviluppo delle medesime *FIU*, stimolandone la collaborazione e il reciproco scambio di informazioni e conoscenze relativi a possibili casi di riciclaggio, e favorendone la creazione di nuove in paesi che ne siano ancora privi, con un supporto di natura tecnica. L'*Egmont* elabora e diffonde, come abbiamo poc'anzi detto, linee-guida e standard volti a definire i principi fondamentali della collaborazione e dello scambio di informazioni tra *FIU*.

## **1.2. *Segue: e in ambito comunitario***

Anche in ambito comunitario il tema del riciclaggio è stato molto sentito, con una serie ritmica di decisioni che hanno portato a importanti modifiche negli ordinamenti degli Stati membri dell'odierna Unione Europea. La prima direttiva, la n. 91/308/CE<sup>3</sup>, ha introdotto ad esempio, oltre a una prima limitazione all'uso del contante, un obbligo di identificazione e registrazione antiriciclaggio in caso di operazioni che comportassero *trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di*

---

<sup>3</sup> Recepita in Italia con l. 5 luglio 1991, n. 197 e relativa proprio alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio.



*qualsiasi tipo* che superassero un certo importo. La direttiva n. 2001/97/CE<sup>4</sup>, successivamente, ha poi esteso gli obblighi antiriciclaggio ai professionisti, mentre la terza, la n. 2005/60/CE, recepita con d.lgs. 231/2007, ha inoltre introdotto un nuovo approccio alla prevenzione e al contrasto del riciclaggio, basato anche sulla collaborazione attiva di banche, intermediari finanziari, assicurazioni e professionisti nella prevenzione dello stesso. Il decreto ha modificato in particolare il precedente 231/2001<sup>5</sup>, che aveva introdotto in Italia la responsabilità amministrativa per le imprese nel caso di comportamenti fraudolenti, da parte di loro impiegati e collaboratori, per alcuni tipi di delitti e sotto certe condizioni. Il d.lgs. 231/2007 ha anche aggiunto ai reati previsti dal 231/01 i delitti di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita<sup>6</sup>. Ciò significa che ogni ente, che sia azienda, banca, assicurazione, piccola impresa o associazione, deve adottare idonee misure per evitare che il proprio personale possa commettere tali reati. La prevenzione ed il contrasto del riciclaggio presso gli intermediari finanziari, gli altri enti obbligati e i professionisti, deve essere realizzato quindi per mezzo di controlli organizzativi, tecnologici e formativi che permettano la piena conoscenza del cliente, la tracciabilità delle transazioni finanziarie e l'individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio. Gli adempimenti derivano dall'ampia normativa antiriciclaggio nella quale rientrano, oltre a leggi e decreti legislativi, le *Istruzioni di Vigilanza* di Banca d'Italia, CONSOB e ISVASS<sup>7</sup>, i pareri e le indicazioni del Ministero dell'Economia e Finanze, dell'UIF, la già incontrata Unità di Informazione Finanziaria, e del Comitato

---

<sup>4</sup> Cui l'Italia ha dato esecuzione con d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 56.

<sup>5</sup> Recante la *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni*.

<sup>6</sup> Art. 25-octies d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, aggiunto dall'art. 60 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

<sup>7</sup> nell'ordine: Commissione Nazionale per le Società e la Borsa e Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, subentrato all'ISVAP con l'art. 13 l. 7 agosto 2012, n. 135.

*antiriciclaggio*. Più nello specifico, tale collaborazione può essere *passiva*, se finalizzata a garantire la conoscenza approfondita della clientela e a prescrivere la conservazione dei documenti relativi alle transazioni effettuate, o *attiva*, se volta all'individuazione e segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio.

### **1.3. Gli attuali adempimenti antiriciclaggio nella normativa nazionale**

L'adeguata verifica della clientela è l'aspetto più importante per l'azione preventiva di contrasto al riciclaggio, e consiste nell'identificazione del cliente e nella verifica dei dati acquisiti. Tali operazioni sono previste, come abbiamo già detto, anche nei confronti del beneficiario sostanziale, quale *titolare effettivo*, quando il cliente è una persona giuridica o effettua un'operazione per conto di altri soggetti. Altri adempimenti riguardano la raccolta delle informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto posto in essere dal cliente e il controllo continuo nel corso del rapporto stesso. Un altro importante adempimento è la registrazione dei rapporti e delle operazioni rilevanti nel cd. *AUI*, Archivio Unico Informatico<sup>8</sup>, attraverso il quale è possibile rendere disponibili a tutto il sistema antiriciclaggio le informazioni in modo strutturato e secondo standard tecnici *omogenei* per tutti gli operatori. Un terzo fondamentale adempimento riguarda la segnalazione, all'*UIF*, delle operazioni sospette di riciclaggio. L'operazione sospetta è un'attività che per caratteristiche, entità, natura o qualsivoglia altra circostanza induca l'operatore in banca a sapere, sospettare o avere motivo ragionevole per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o

---

<sup>8</sup> Istituito all'art. 37 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, nel cui caso si dovrà inviare senza ritardo una segnalazione, appunto, alla *UIF*. Sarà questa a effettuare poi approfondimenti sulle segnalazioni ricevute e a trasmetterle, arricchite dell'analisi finanziaria, al *NSPV* della Guardia di finanza e alla *DIA*<sup>9</sup>. Qualora le segnalazioni siano ritenute infondate, la *UIF* le archivia. Aspetti strettamente connessi e strumentali agli adempimenti imposti dalla normativa antiriciclaggio consistono nella limitazione all'uso del contante e nella tracciabilità dei pagamenti e delle operazioni bancarie, al fine di favorire una maggiore trasparenza dei flussi finanziari. Il valore soglia per l'utilizzo del contante e dei titoli al portatore, in particolare, ha subito varie modifiche negli anni, fino ad arrivare all'ultima manovra del Governo Renzi che l'ha innalzato nuovamente a 3000 euro<sup>10</sup>.

#### **1.4. L'influenza degli accordi internazionali sull'ampliamento della categoria dei reati presupposto del riciclaggio e sull'inserimento del reimpiego, nonché il rapporto tra gli stessi**

Il reato di riciclaggio è stato oggetto di diverse e susseguenti modifiche nel tempo, a cominciare dal 1978<sup>11</sup>, anno in cui venne introdotta la nuova fattispecie di *riutilizzo* dei beni, rubricata *sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione*; un dato da rilevare risulta nella previsione di un gruppo chiuso di delitti presupposto, dai

---

<sup>9</sup> Nell'ordine: Nucleo Speciale di Polizia Valutaria e Direzione Investigativa Antimafia.

<sup>10</sup> L. 28 dicembre 2015, n. 208.

<sup>11</sup> D.l. 21 marzo 1978, n. 59, convertito e modificato poi dalla l. 191 del 18 maggio del medesimo anno.

quali sarebbe dovuto derivare il provento da trasformare, con una condotta che in precedenza ricadeva nelle norme sulla *ricettazione* o sul *favoreggiamento personale* o *reale*, a seconda dei dati tipizzanti e dell'elemento soggettivo<sup>12</sup>. Il reato in esame assumeva in sostanza una funzione *sussidiaria*, rispetto al reato presupposto, del quale tuttavia condivideva, all'epoca, l'oggetto giuridico della tutela del patrimonio. Questo era rivolto a ostacolare e reprimere principalmente i reati presupposto, come desumibile dalla struttura del delitto in esame quale *reato a consumazione anticipata*, che avrebbe potuto essere integrato con semplici fatti o atti diretti alla sostituzione del denaro o dei valori, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto. Non v'era, in sostanza, un reato né autonomo né rivolto al contrasto del riciclaggio in quanto tale, svolgendo piuttosto una funzione, appunto, *sussidiaria* rispetto ai reati presupposto, di cui condivideva come abbiamo visto l'oggetto giuridico, e in particolare quello sì del patrimonio, ma anche dell'ordine pubblico, prevedendo inoltre, al pari dei reati di ricettazione e favoreggiamento personale, l'esclusione dei casi di concorso nel reato presupposto. A questa nuova fattispecie vennero apportate successive modifiche nel 1990<sup>13</sup>, spinte, da un lato, dall'adesione dell'Italia alla *Convenzione di Vienna* delle Nazioni Unite *contro il traffico di stupefacenti* del medesimo anno e, dall'altro, dalla *Dichiarazione di Basilea* del 1989 e dalle *raccomandazioni* del *GAFI*, cui abbiamo già fatto riferimento, che fecero assumere al reato la nuova dicitura di *riciclaggio*, estendendo da un lato il novero dei reati presupposto, non più soltanto *ablativi* ma in generale espressivi di realtà economiche più complesse e, dall'altro, anche l'oggetto materiale della condotta stessa, che ora si sa-

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 27 febbraio 2014, n. 25191, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>.

<sup>13</sup> L. 19 marzo 1990, n. 55, denominata *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso* [...].

rebbe identificato in *denaro, beni o altre utilità*. Le nuove modifiche, oltre ad aggravare il trattamento sanzionatorio della condotta, eliminavano il richiamo al dolo specifico del procurare a sé o ad altri profitto o aiuto, recidendo qualsiasi legame rimanente con le fattispecie di ricettazione e favoreggiamento. Questa innovazione, tuttavia, oltre a modificare anche in modo sensibile la fattispecie di riciclaggio, introdusse anche quella di cui all'art. 648-ter, riferita al *reimpiego* di capitali di provenienza illecita, con cui il legislatore, disegnando una fattispecie ulteriormente residuale rispetto ai precedenti delitti di ricettazione e riciclaggio, si era posto l'obiettivo di coprire ogni ulteriore ed eventuale operazione connessa alla *reimmissione* nel circuito legale del denaro c.d. *ripulito*, con lo scopo di non lasciare spazio a eventuali vuoti di tutela, a valle dei delitti di ricettazione e riciclaggio, e di sanzionare anche la fase terminale del cd. *recycling*, quale *integrazione* del denaro di provenienza illecita tramite l'immissione nelle strutture dell'economia legale di capitali *già ripuliti*. Come il riciclaggio, anche l'art. 648-ter prevede inoltre come circostanza aggravante, al secondo comma, l'aver commesso il reato nell'esercizio di un'attività professionale nonché la sua applicabilità anche se l'autore del delitto, dal quale il denaro o le cose provengano, non sia imputabile o non sia punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto. Costituisce invece una attenuante la particolare tenuità del reato, in riferimento al valore economico delle risorse di provenienza illecita impiegate. L'elemento oggettivo del reato si differenzia dal riciclaggio in quanto, mentre quest'ultimo prevede la sostituzione, il trasferimento o le operazioni finalizzate ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, l'art. 648-ter punisce il loro reimpiego in attività economiche o finanziarie. Quella del reimpiego è comunque una fattispecie accessoria al riciclaggio nonché, per la presenza anche qui della clausola di riserva, di non facile applicazione, tenuto

presente che quasi sempre l'impiego di denaro e beni di provenienza illecita è preceduto dal riciclaggio degli stessi. Il delitto di cui all'art. 648-ter c.p., pur avendo come presupposto comune con il riciclaggio, nonché con la ricettazione di cui all'art. 648, la provenienza da delitto del denaro e dell'altra utilità di cui l'agente è venuto a disporre, si differenzia da tali fattispecie sotto il profilo soggettivo. Non solo, infatti, il riciclaggio e il reimpiego richiedono la specifica finalità di far perdere le tracce dell'origine illecita, ma v'è un'ulteriore peculiarità, quanto all'art. 648-ter, consistente nel fatto che la condotta debba essere perseguita mediante l'impiego delle risorse in attività economiche o finanziarie, con un'espressione forse *pleonastica*. L'art. 648-ter c.p. sembra quindi trovarsi non solo in un rapporto di residualità con l'art. 648-bis, ma anche di specialità con lo stesso e questo, a sua volta, con l'art. 648 c.p.<sup>14</sup>. Con tale norma si ritiene che il legislatore abbia voluto garantire la punibilità per un certo tipo di condotta anche nei casi in cui non si riesca a dimostrare la consapevolezza della provenienza delittuosa del bene nel momento della ricezione dello stesso, mentre vi sia la prova di tale consapevolezza in un diverso e successivo momento. Ancora più nello specifico, il fatto che sia stata espunta dall'art. 648-ter la locuzione *in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa*, oltre all'abbandono di una prospettiva accessoria rispetto ai reati presupposto, rafforza la natura plurioffensiva della norma, orientata soprattutto alla tutela dalle aggressioni al mercato e all'ordine economico e ad evitare l'inquinamento delle operazioni economico-finanziarie<sup>15</sup>. Ma, a seguito della *Convenzione sul riciclaggio* del 1990 di Strasburgo, si operò nuovamente sulla fattispecie di cui all'art. 648-bis con la l. 328/93, che eliminava definitivamente, da un lato, la categoria *chiusa* dei reati-

---

<sup>14</sup> Cass. Pen., sez. IV, 23 marzo 2000, n. 6534, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>.

<sup>15</sup> Cass. Pen., Sez. II, 11 novembre 2009, n. 4800, in *Diritto Penale*. Disponibile su <http://www.diritto-penale.it>.

presupposto, con l'estensione della condotta a tutti i *delitti non colposi*, e aggiungeva, dall'altro, le condotte del trasferimento dei proventi illeciti nonché del compimento di altre operazioni *in modo da ostacolarne l'identificazione*, aggiunta indicativa ora di uno *scopo*, al posto del dettato precedente che mirava a punire la condotta che semplicemente ostacolasse l'identificazione. Un'interpretazione letterale del disposto porta quindi a far rientrare nell'insieme dei reati presupposto del riciclaggio tutti i delitti, con l'esclusione di quelli colposi, che sono comunque pochi. Si è passati così da una limitazione-tipizzazione dei reati presupposto, prevista dalla versione del 1978 dell'articolo, quali *rapina aggravata, estorsione, sequestro di persona e traffico di stupefacenti*, ad una formulazione che rischia di configurare come presupposto del riciclaggio fatti anche a scarso disvalore sociale. Già con questi interventi normativi, in sostanza, il legislatore riuscì nell'impresa di creare un'incertezza assoluta, piombando sull'intero sistema giuridico normativo, e con esso sulla dottrina e sulla giurisprudenza, con una veemenza che, a discapito degli anni che poi sono serviti per delineare definitivamente la fattispecie di riciclaggio e per inserire quella di reimpiego, le ha fatte faticare e non poco per giungere a una accettabile, ma non certa, collocazione giuridica.

### **1.5. *Segue*: le pressioni internazionali e le incertezze nazionali sull'introduzione e sulla natura del reato di autoriciclaggio**

Si è succeduta quindi in questi anni una frenetica rincorsa all'includibilità della condotta di evasione tra le fattispecie presupposto sia del reato di riciclaggio che di autoriciclaggio<sup>16</sup>, rischiando tuttavia di fare un grosso buco nell'acqua. Risalendo nel tempo, notiamo come l'incriminazione per la condotta di autoriciclaggio fosse stata prevista già dalla *Convenzione penale di Strasburgo sulla corruzione* del 1999<sup>17</sup>, che all'art. 13 stabiliva che gli Stati-parte adottassero le misure legislative necessarie per prevedere come reato, secondo la propria legge interna, gli illeciti indicati all'art. 6, par. 1, lett. a) e b) della *Convenzione di Strasburgo* del 1990<sup>18</sup>, tra i quali figurava anche l'autoriciclaggio. Era tuttavia prevista la possibilità, all'art. 6, par. 2, lett. b) della Convenzione del 1990, che gli Stati-parte potessero stabilire che del reato di riciclaggio non potesse essere chiamato a rispondere l'autore del reato presupposto, ove richiesto dai principi fondamentali del singolo ordinamento. Analoga previsione era contenuta nell'art. 6 della *Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale*, adottato dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001<sup>19</sup>. Da questa possibilità offerta da entrambe le Convenzioni, sembrava derivare che la regola generale fosse la sanzionabilità dell'autoriciclaggio. E comunque la necessità dell'introduzione nel nostro ordinamento di tale reato era da tempo all'attenzione dello stesso Parlamento. Al Senato sono stati esaminati in sede refe-

<sup>16</sup> Introdotto all'art. 3 della l. 15 dicembre 2014, n. 186.

<sup>17</sup> Ratificata dall'Italia con l. 28 giugno 2012, n. 110.

<sup>18</sup> Ratificata dall'Italia con l. 9 agosto 1993, n. 328.

<sup>19</sup> Ratificata dall'Italia con l. 16 marzo 2006, n. 146.



rente, presso le *Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia*, numerosi disegni di legge in materia di sicurezza pubblica, alcuni dei quali prevedevano l'introduzione del reato di autoriciclaggio. Anche il Governatore *pro tempore* della Banca d'Italia Mario Draghi, sia durante l'audizione del 15 luglio 2008 davanti alle *Commissioni Affari costituzionali e Giustizia* del Senato, sia nel corso dell'audizione davanti alla *Commissione Antimafia* del 22 luglio 2009, si era detto favorevole all'introduzione dell'autoriciclaggio, a patto tuttavia che fosse limitato ad uno specifico catalogo di reati. In particolare, presso la *Commissione Antimafia*, il Governatore Draghi affermava come la positiva esperienza di altri Paesi, richiamata anche nel 2005 dal *Fondo monetario internazionale*, suggerisse di introdurre il reato di *autoriciclaggio*. Questa avrebbe dovuto essere, a suo parere, la strada da percorrere, pur nella consapevolezza che occorre circoscrivere le ipotesi di autoriciclaggio. Andava difatti considerato, secondo lui, come in Italia tutti i reati non colposi potessero allora costituire presupposto di riciclaggio e che, nel confronto internazionale, il nostro ordinamento qualificasse come reati molti comportamenti che in altri Paesi non avevano rilevanza penale. Sottolineava altresì come in molti Stati esteri la punizione dell'autoriciclaggio fosse accompagnata dalla delimitazione dei reati presupposto ovvero dall'individuazione di una soglia di rilevanza legata alla gravità del reato. Quindi sosteneva l'introduzione dell'ipotesi del reato di autoriciclaggio, circoscrivendone tuttavia il campo di applicazione<sup>20</sup>. Del resto, era lo stesso quarto comma dell'art. 9 della Convenzione di Strasburgo del 1990 a lasciare ad ogni Stato firmatario la possibilità di prevedere una lista o una categoria di reati presupposto specifici. In una

---

<sup>20</sup> Mario Draghi, *L'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio. Testimonianza del Governatore della Banca d'Italia*, Roma, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia, 2009, p. 14 .

Relazione sulla prima fase dei lavori della *Commissione antimafia*<sup>21</sup>, approvata il 25 gennaio 2012, riferendosi alla non sanzionabilità dell'autoriciclaggio, si legge come *non vi fosse chi non vedesse quanto illogica e foriera di gravi conseguenze, sul piano pratico e della lotta alle mafie, simile esclusione di sanzionabilità, tanto più se si considera che un conto è l'impiego nei consumi ordinari delle somme provenienti dal reato, altro è il sistematico ricorso a pratiche od operazioni finanziarie finalizzate ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei capitali. Trattasi all'evidenza di un quid pluris bisognevole di punizione, senza timore alcuno di incorrere in una duplicità di sanzione per un preteso post factum non punibile*<sup>22</sup>. In precedenza, auditato presso la medesima Commissione Antimafia il 17 marzo 2009, il Procuratore Nazionale Antimafia *pro tempore* Pietro Grasso aveva affermato come, in merito alla volontà di perseguire l'economia criminale, fosse stato *ridimensionato nelle sue valutazioni* dal fatto che fosse stata bloccata la norma sull'autoriciclaggio. Sottolineava in particolare, ripetendo le parole dello stesso Draghi, come si trattasse di una norma ormai adottata in molti Paesi europei<sup>23</sup>, anche se avremo modo di vedere come, da sola, tale affermazione non avrebbe potuto costituire un argomento realmente incisivo sul punto. Anche nelle discussioni, spesso non perfettamente focalizzate, sulle tecniche di contrasto all'evasione fiscale, si è ragionato con sempre maggiore insistenza sulla necessità di estendere la portata applicativa dei reati di riciclaggio e di reimpiego di capitali illeciti anche al fenomeno del cd. autoriciclaggio. E questo anche per una certa *confusione* sul tema, a livello politico – mediatico e nell'opinione pubblica, di cui dopo parleremo. Le riflessioni in proposito sono state

---

<sup>21</sup> Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere.

<sup>22</sup> Giuseppe Pisanu, *Relazione sul condizionamento delle mafie sull'economia*, p. 236.

<sup>23</sup> Pietro Grasso, *seguito audizione del Procuratore Nazionale Antimafia*, Commissione parlamentare, cit. 2009, p. 28.

e sono tuttora molteplici e hanno coinvolto varie problematiche legate al sistema penal-tributario a vari livelli. In primo luogo è necessario interrogarsi sulle ragioni per cui il sistema dei reati tributari non abbia prodotto, nel tempo, i risultati sperati. La repressione penale viene continuamente sbandierata dai vari governi come uno strumento fondamentale, se non addirittura l'unico, per fronteggiare il fenomeno dell'evasione fiscale, risultando tuttavia sin troppo evidente, anche per i non addetti ai lavori, come ciò non rappresenti altro che un *palliativo* da conferenza stampa. In un simile panorama è facilmente spiegabile, allora, la ragione dell'espandersi di quella che possiamo definire *evasione interpretativa*, che prescinde da rappresentazioni alterate della realtà, fondandosi piuttosto sulla reinterpreteazione dei dati forniti dagli stessi contribuenti all'Amministrazione finanziaria, della quale si ritiene venire disatteso l'inquadramento giuridico.

#### **1.6. Il rapporto tra i reati di ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio e l'intento doppiamente punitivo del legislatore penale**

Ribadiamo che per autoriciclaggio si intende generalmente il riciclaggio o il reimpiego di denaro o di altre utilità di provenienza delittuosa, realizzato dallo stesso soggetto che ha commesso, o abbia concorso a commettere, il reato presupposto. L'art. 648-bis c.p. descrive la condotta di riciclaggio in maniera tassativa, inquadrabile nel comportamento di chi, alternativamente, sostituisca, trasferisca, ovvero compia *altre operazioni per ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di denaro, beni o altre utilità*. Allo stesso tempo, il successivo art. 648-ter descrive la condotta di reimpiego punendo chi, *al di fuori dei casi* di cui al precedente art. 648-

bis, impieghi *in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità* provenienti da delitto non colposo. Oggi l'autoriciclaggio, all'art. 648-ter.1, prevede la pena della reclusione da due a otto anni, oltre alla multa, per chi, *avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo*, impieghi, sostituisca, trasferisca, *in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolarne concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*. Il quarto comma della disposizione in esame stabilisce come non siano punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengano destinati alla mera utilizzazione o al godimento personale, mentre il comma successivo prevede un innalzamento di pena quando i fatti siano commessi *nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale*. Questa fattispecie di reato è il risultato di una lunga riflessione sull'opportunità di estendere la punibilità anche all'autore del reato presupposto, contrariamente a quello che è stato lo spirito che aveva sino ad oggi guidato il legislatore in tema di riciclaggio di capitali illeciti. Per valutare la correttezza di una simile evoluzione normativa, è necessario soffermarsi sulla *ratio* delle due fattispecie di reato appena citate. Come noto, il reato di riciclaggio è stato introdotto nel nostro ordinamento con una finalità ben precisa. Abbiamo già detto come la fattispecie originaria del 1978 prevedesse, quali reati presupposto della nuova fattispecie, una serie estremamente limitata di condotte, riguardanti essenzialmente le sole aggressioni unilaterali o violente portate al patrimonio. La *ratio* incriminatrice dell'allora nuova fattispecie era, dunque, comune a quella del reato di ricettazione, presente nel codice penale sin dalla sua origine, salvo, come abbiamo visto, alcune peculiarità. Ricordiamo infatti che, mentre con l'incriminazione della condotta di ri-

cettazione si vuole bloccare la domanda ed il commercio di beni di provenienza delittuosa, ritenendo in tal modo di riuscire a contrastare efficacemente anche la commissione dei reati presupposto, con il reato di riciclaggio si intende invece evitare che tali beni vengano ripuliti, *lavati*, resi irriconoscibili, per poi essere fatti circolare liberamente senza che possano venire individuati. Proprio in ciò consisterebbe il *quid pluris* di disvalore caratterizzante il reato di riciclaggio, punito con la reclusione da quattro a dodici anni, rispetto a quella da due a otto anni che caratterizza la ricettazione. Il paradosso, che è però soltanto apparente<sup>24</sup>, è rappresentato dal fatto che le pene per entrambe le condotte sono ben più gravi, rispetto a quelle previste per chi commetta taluno dei reati presupposto. Per chi ricicla un bene di provenienza delittuosa, infatti, la sanzione può arrivare ad essere addirittura quattro volte superiore a quella di chi si impossessi del medesimo bene, sottraendolo illecitamente a chi lo detenga. È necessario, allora, interrogarsi sulle ragioni che sino ad oggi hanno portato all'esclusione della punibilità dell'autore del reato presupposto, nonché ad una notevole disparità di trattamento sanzionatorio tra reato presupposto, ricettazione e riciclaggio. Ebbene, tali ragioni andrebbero individuate nel fatto che il legislatore abbia ritenuto maggiormente offensiva, per il bene giuridico del patrimonio, la condotta posta in essere successivamente alla spoliazione del bene. Se non vi fosse chi ricetta, si pensa, non ci sarebbe chi commette furti, e se non vi fosse chi ricicla i beni illecitamente sottratti gli stessi potrebbero essere rinvenuti più facilmente.

---

<sup>24</sup> David Terracina, *I reati tributari ed il cd. autoriciclaggio*, in *Riciclaggio, autoriciclaggio e reati tributari*, a cura di David Terracina e Raffaello Lupi, in *Dialoghi Tributari*, 2014, 5, p. 519.

### 1.7. Le proposte della *Commissione Greco* e l'incertezza sull'esclusione delle ipotesi di godimento personale

Una volta individuato il disvalore ulteriore connesso alla condotta di *autoreimpiego* e, dunque, il fondamento *assiologico* della sanzionabilità penale di tale condotta, occorre riflettere attentamente sulla fattispecie così come concepita dal legislatore. Per fare ciò non si può prescindere dai risultati raggiunti dalla *Commissione Greco per lo studio sull'autoriciclaggio*<sup>25</sup> che, nel documento conclusivo dei lavori, ha evidenziato le medesime difficoltà, di carattere oggettivo e dogmatico, legate alla punibilità del reato di riciclaggio sottolineate in precedenza. Si confermava, infatti, come le ulteriori operazioni poste in essere dall'autore del reato presupposto per ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni avrebbero potuto rappresentare la naturale prosecuzione del medesimo reato, dando luogo soltanto ad un mero *post factum* non punibile. Inoltre, la punibilità dell'autoriciclaggio avrebbe potuto costringere l'autore del reato presupposto ad esporsi ad un maggior rischio di essere scoperto, in violazione dell'ulteriore principio del *nemo tenetur se detegere*. Secondo la *Commissione Greco*, tali difficoltà avrebbero potuto essere tuttavia superate attraverso un'attenta formulazione della nuova norma, che risultasse connotata da un autonomo disvalore meritevole di sanzione. Venne suggerita così l'adozione di una nuova fattispecie che valorizzasse, sotto il profilo materiale della condotta, la natura essenzialmente finanziaria e la fraudolenza delle operazioni, e che attribuisse centralità non tanto alla finalità di ostacolare l'identificazione della

---

<sup>25</sup> Istituita con decreto del Ministro della Giustizia dell'8 gennaio 2013.

provenienza dei beni, quanto piuttosto all'investimento dei proventi illeciti in attività economiche o finanziarie, escludendo dunque la punibilità di tutte le condotte dirette a consentire il mero godimento dei proventi da parte degli autori dei reati presupposto. La Commissione giunse così all'elaborazione di due distinte proposte<sup>26</sup>. La prima prevedeva la punibilità di chiunque impiegasse in attività economiche e finanziarie denaro, beni o altre attività provenienti da delitto non colposo. Del pari, sarebbe stato punito anche chi avesse sostituito, trasferito o attribuito fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero avesse compiuto altre operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Tale proposta prevedeva in origine anche l'esclusione della punibilità per chi avesse impiegato i proventi per finalità di *godimento personale*, ipotesi poi espunta dal testo perché ritenuta superflua ed eccessivamente vincolante per la giurisprudenza. La seconda proposta optava, invece, per il mantenimento della clausola di riserva prevista per il reato di riciclaggio e per l'introduzione di un'autonoma fattispecie di autoriciclaggio, assieme alla previsione di una clausola di esclusione della punibilità nel caso di mero godimento dei beni o dell'utilizzo del denaro per finalità non speculative. La nuova fattispecie sarebbe andata così a punire il soggetto, autore del o concorrente nel reato presupposto, che avesse sostituito o trasferito denaro, beni o altre utilità provenienti da reato doloso per finalità speculative, economiche o finanziarie, ovvero che li avesse impiegati nelle medesime attività, con l'esclusione del mero godimento dei beni, o dell'utilizzo del denaro o delle altre utilità provento del reato con finalità non speculative, economiche e né finanziarie. A tale proposito, la Commissione medesima

---

<sup>26</sup> AA.VV., *Commissione Greco – per lo studio sull'autoriciclaggio (23 aprile 2013) – Relazione*. Disponibile su <http://www.giustizia.it>.

sosteneva come la collocazione più corretta della nuova fattispecie di reato sarebbe stata probabilmente nel Titolo VIII, Libro II, del Codice penale, dedicato ai delitti contro l'ordine economico e finanziario, ipotizzando un Capo II-bis dove si sarebbe andato ad inserire il nuovo art. 517-sexies. In questo caso, come in altri, evidente risulta il danno provocato dall'assenza dei giuristi nello studio e nell'analisi di fenomeni complessi come quello in esame che, lasciando vuoto il posto che avrebbero dovuto occupare nel dibattito, hanno permesso che si fraintendesse il diverso obiettivo che si sarebbe dovuto in realtà raggiungere. Parlare di attività economica o finanziaria, quanto di godimento personale o mero utilizzo, appare fuori luogo in tema di riciclaggio, essendo di questo la *ratio* madre il voler attribuire una apparenza lecita ai proventi di attività illecite. Come avremo modo di vedere poi più avanti, parlare di riciclaggio o autoriciclaggio nei confronti del riutilizzo nel ciclo dell'azienda di somme derivanti da evasione interpretativa nella medesima attività, appare quanto meno fuori luogo, essendo palese già all'inizio una chiara apparenza lecita dell'attività di partenza e mancando quindi l'elemento oggettivo della condotta, sussistendo invece riciclaggio nel caso in cui, pur nell'ambito di un quantomeno dubbio godimento personale, si acquisti un gratta e vinci per celare la provenienza illecita di una somma. Già dallo studio effettuato quindi dalla *Commissione Greco*, ci si sarebbe dovuti accorgere dell'errore di valutazione cui si stava andando incontro, differenziando tra attività economica e mero utilizzo della somma illecita, e che ha portato alla fine a una norma sfasata rispetto alla realtà.



### **1.8. *Segue*: la diversa scelta del legislatore rispetto alle proposte della *Commissione Greco* e le conseguenti difficoltà interpretative**

Alla fine il legislatore ha introdotto l'autoriciclaggio, le cui differenze rispetto alle proposte avanzate dalla *Commissione Greco* appaiono subito evidenti, arrivando a correggere il tiro, seppur in modo certo non sufficiente. In particolare, entrambe le proposte licenziate dalla Commissione, sebbene in misura differente, sembravano orientate essenzialmente a reprimere le condotte di *impiego* dei proventi illeciti in attività economiche o finanziarie, a prescindere dalle modalità con cui tale impiego venisse realizzato. Al contrario, la nuova fattispecie di reato sembrerebbe subordinare la punibilità dell'impiego di beni di provenienza illecita a condotte volte ad ostacolare *concretamente* l'identificazione di tale provenienza. Si inserisce tuttavia qui, di conseguenza, quella che potrebbe definirsi una *probatio diabolica*, laddove l'avverbio *concretamente* non si capisce cosa stia realmente ad indicare, al contrario di quanto viene stabilito al 648-bis, ove si fa riferimento alla mera condotta dell'*ostacolare*. Risulta realmente difficile, a queste condizioni, riuscire a perseguire taluno per aver impiegato i proventi di un precedente reato, da lui commesso, in attività economiche, finanziarie, professionali o speculative stabili, e solo se vi sia stato il fine di ostacolarne *concretamente* la provenienza illecita. Questo particolare elemento della concretezza ci riporta all'art. 3 del d.lgs. 74/2000, ove si fa riferimento alla *dichiarazione fraudolenta commessa mediante altri artifici*. Perché possa essere, difatti, integrata tale fattispecie, è indispensabile, oltre al dolo specifico rappresentato dal fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, anche e soprattutto il ricorso a un mezzo fraudolento, che possiamo individuare tanto in

un'interposizione o intestazione fittizia di persone fisiche o giuridiche, quanto in una simulazione di negozi giuridici o, ancora, nella tenuta di una contabilità nera o nell'utilizzo di buste paga non veritiere. Tali mezzi, a prescindere da quello nel concreto utilizzato, devono essere in sostanza tutti volti a *nascondere*, in tutto o in parte, i redditi imponibili. All'art. 648-ter.1, al contrario, il legislatore non ha richiesto l'utilizzo di alcun mezzo fraudolento, con la conseguenza che, a differenza che nell'art. 3 del decreto 74, nell'autoriciclaggio risulta essere sufficiente l'utilizzo di un qualunque mezzo diretto a integrare una delle condotte tipiche, già *supra* analizzate, purché idoneo ad ostacolare, *in concreto*, l'accertamento sulla provenienza illecita dei proventi criminosi. Con la conseguenza che, come già indicato, rischia seriamente di integrare tale fattispecie, attraverso una lettura erronea dell'avverbio *concretamente*, anche la condotta di un imprenditore che, avendo sottratto, magari erroneamente e in via interpretativa, soldi al Fisco, li reimpieghi nella medesima azienda. Tornando al rapporto tra le proposte Greco e la previsione invece divenuta legge, la differenza è dunque in teoria di non poco momento, soprattutto alla luce di quanto si dirà qui di seguito, a meno che, come purtroppo spesso accade, la giurisprudenza, per ragioni di politica criminale, non adotti un'interpretazione della nuova figura di reato che tenda a svilire la sua natura di fattispecie a condotta vincolata. Risulta sin troppo evidente, allora, come l'ampiezza applicativa della fattispecie vari notevolmente a seconda della portata che venga riconosciuta all'inciso in corsivo. Ed infatti, il dato letterale lascerebbe intendere che le citate condotte non siano da sole sufficienti ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita del denaro o degli altri beni, ma che la fattispecie richieda un *quid pluris*, consistente in un'attività dissimulatrice ulteriore. Una simile interpretazione della fattispecie

sembra richiedere peraltro, come detto, uno sforzo di *auto contenimento*, che raramente ha caratterizzato l'attività dell'autorità giudiziaria. Al contrario, è presente inevitabilmente il rischio che la condotta di autoriciclaggio venga riconosciuta *in re ipsa* idonea ad ostacolare l'individuazione della provenienza delittuosa dei beni, venendo in tal modo svuotato di qualsiasi significato il richiamo alle condotte di carattere dissimulatorio.

### **1.9. Il riciclaggio oltreconfine e il semplicistico riferimento alla situazione estera come incentivo a un intervento nel nostro ordinamento**

Generalmente, quando si invocava la necessità di introdurre nel nostro sistema penale il reato di autoriciclaggio, uno degli argomenti privilegiati era rappresentato dal fatto che l'Italia fosse uno dei pochi Paesi a non prevedere una simile fattispecie. Abbiamo già visto, tra le altre, la posizione al riguardo dell'allora Procuratore Nazionale Antimafia Pietro Grasso. Infatti, come anche si legge nella nota informativa n. 39 del 2012 della Camera dei deputati, in molti Stati ad *economia avanzata* tale reato è già previsto ed il *GAFI*, in più d'una occasione, nelle sue raccomandazioni ha invitato quelli non ancora allineati ad adeguarvisi. Prendiamo il caso dell'art. 324.1 del *Code Penal* francese che inquadra, come il nostro art. 648-bis c.p., la figura del riciclaggio, in francese *blanchiment*. In base al testo dello stesso il riciclaggio consiste nel *facilitare, con ogni mezzo, la giustificazione menzognera dell'origine dei beni o dei guadagni* dell'autore di un reato o di un delitto che gli aveva procurato un profitto diretto o indiretto, così come anche nel *concorrere in un'operazione di collocamento, di dissimulazione o di conversione del prodotto diretto o indiretto di un reato*

*o di un delitto*. Questa norma, similmente a quella italiana, si riferisce al riciclaggio senza menzionare direttamente l'autoriciclaggio. Infatti quello dell'assenza della previsione espressa di una punibilità per l'autoriciclaggio è un problema che ha riguardato nel tempo non solo l'Italia, come magari si potrebbe credere, ma diversi paesi esteri tra cui, in Europa, Francia, Germania, Austria e Inghilterra. Ma facciamo prima cenno a uno di quegli Stati che invece prevedono tale fattispecie, qual è la Spagna. Qui l'autoriciclaggio è punito all'art. 301 del codice penale, con riguardo a colui che acquisti, possieda, utilizzi, converta o trasmetta beni, sapendo che essi sono provenienti da un'attività delittuosa, si badi, *commessa da lui stesso o da terzi, o esegua qualsiasi altro atto per occultare o mascherare la loro provenienza illecita, o per aiutare la persona coinvolta nel reato o nei reati a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle sue azioni*. Eguale disciplina normativa sussiste in Portogallo. Per quanto di interesse, appare significativo rilevare come nella norma iberica il legislatore si sia limitato a interporre semplicemente una incidentale, capace con sette parole di includere nell'art. 301 del codice penale sia la condotta di riciclaggio che quella di autoriciclaggio, a differenza di quanto ha fatto agli artt. 298 e 299 in tema di ricettazione e favoreggiamento, dove espressamente si richiede invece l'estraneità per il reato presupposto. Questa constatazione tornerà utile quando approderemo, a breve, all'analisi del neonato reato di autoriciclaggio ex art. 648-ter.1 del codice penale nostrano. In Francia, Inghilterra e Germania, come accennato, così non è. E, tornando alla situazione francese, riprendiamo il testo dell'art. 324.1 del *Code Penal*. Rileggendolo, non si trova qui alcuna clausola di salvaguardia che annetta a tale figura carattere di residualità. Nel nostro art. 648-bis, al contrario, questa è presente, escludendo l'applicabilità dello stesso nei casi di concorso nel reato presupposto. Una piccola differenza, che ha portato a conclusioni profondamente

diverse nei due ordinamenti, quello italiano e il corrispettivo francese. Pensiamo alla sentenza n. 9226 della Suprema Corte, sez. Penale, che in data 27 febbraio 2013 aveva escluso ancora una volta la punibilità di chi avesse riciclato il provento del reato presupposto, da lui stesso commesso, non essendo configurabile il delitto di autoriciclaggio e non potendo violare, tra gli altri, i principi di *legalità*, del *ne bis in idem* e del *nemo tenetur se detegere*. Con questa pronuncia la Cassazione Penale italiana si è comportata in maniera diametralmente opposta a quella transalpina, che qualche anno prima, e precisamente il 14 gennaio 2004, con una sentenza della Chambre Criminal innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente, aveva dichiarato applicabile il secondo capoverso dell'art. 324.1 del *Code* anche all'autore del reato d'origine; da quel momento egli avrebbe potuto quindi essere considerato *blanchisseur* ove avesse compiuto operazioni di riciclaggio del prodotto di un reato da lui stesso commesso. Anche in Svizzera del resto la prevalente giurisprudenza, nonostante le spinte contrarie della dottrina, nel silenzio sui soggetti attivi del riciclaggio di cui all'art. 305-bis del codice penale svizzero, ha affermato la sussistenza di tale responsabilità anche per l'autore o il concorrente nel reato presupposto. In Germania, sussistendo la medesima situazione che avevamo visto, a livello normativo, nell'ordinamento italiano e che è presente, allo stesso modo, anche in quello austriaco, si è giunti a medesime conclusioni. Sussiste dalla riforma del 1998, infatti, al nono comma dell'art. 261 del codice penale tedesco, una clausola di salvaguardia, di residualità, molto simile a quella che già abbiamo letto nel nostro art. 648-bis c.p., nata apposta per scongiurare i tentativi di aggiramento della norma previgente da parte della giurisprudenza. Si esclude, infatti, la punibilità di chi abbia anche concorso nel reato presupposto. Il problema che si era qui posto, a questo punto, è lo stesso che poi è stato risolto nel 2013 dalla Cassazione in Italia, ovvero quello della

includibilità, nella clausola tedesca suddetta, anche dell'autore dello stesso oltre che dei meri concorrenti. E alla fine ha prevalso, nell'analisi dei giudici della Corte, il principio del divieto della doppia punizione, sancito tra l'altro anche dal terzo comma dell'art. 103 della Legge Fondamentale tedesca, pur essendo stata affermata in altri casi la punibilità di chi, commettendo il reato di corruzione in un paese estero, si fosse reso responsabile del conseguente riciclaggio nel territorio tedesco. In Inghilterra la situazione è ancora diversa. Qui, differentemente da quanto abbiamo visto per la Spagna e, al contrario, similmente a quanto accade anche negli Stati Uniti e in Australia, la condotta di autoriciclaggio non ha un risalto autonomo. La norma di riferimento è il *Proceeds of Crime Act* del 2002, che fa rientrare nella condotta di riciclaggio non solo l'occultare, il trasformare, il convertire o il trasferire i proventi di attività criminose [...], ma anche gli *accordi* posti in essere per compiere tali operazioni e l'acquisizione e il possesso di beni di origine illecita. Tuttavia, dal 2007 e con recenti modifiche nel 2012, attuative della *Direttiva 2005/60/CE*, anche le *Money Laundering Regulations*, sorte per dare attuazione alla già incontrata *Direttiva 91/308/CEE*, si aggiungono alla disciplina antiriciclaggio, applicandosi ai fornitori di servizi finanziari, destinatari degli obblighi di controllo, monitoraggio e segnalazione nei confronti delle operazioni effettuate dai loro clienti. Nonostante tutto, e al di là delle singole discipline ovviamente differenti, seppur simili, nei diversi paesi passati in rassegna, appare quantomeno semplicistico l'essersi aggrappati al fatto che l'Italia fosse uno dei pochi Paesi a non prevedere una simile fattispecie, per diverse ragioni. In primo luogo, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, non è mai facile prelevare uno strumento normativo da un determinato ordinamento per importarlo *sic et simpliciter* in un altro. È un po' come accade per il trapianto d'organi, dove si rischia una violenta crisi di rigetto, con esiti inevitabilmente infausti. Per evitare ciò

e far sì che il nuovo strumento funzioni anche altrove, occorre sempre condurre un attento studio tanto sull'ordinamento *donatore*, quanto su quello *ricevente*, per analizzare come lo strumento normativo si comporti nel primo e come, verosimilmente, si comporterà e verrà recepito nel secondo.

#### **1.10. *Segue: la differente percezione che del reato di riciclaggio si ha all'estero e in Italia, con una conseguente differenza applicativa nei due contesti***

Ebbene, le modifiche a cui il reato di riciclaggio è stato sottoposto nel tempo, oltre all'elaborazione giurisprudenziale che tende ad estendere a dismisura la portata applicativa della fattispecie, ci permettono di tracciare una netta differenza tra la nostra disciplina interna e quella straniera. Così, ad esempio, basta prendere a riferimento la definizione che di *money laundering* è fornita nella pagina istituzionale del GAFI, dove il riciclaggio è definito come quell'attività posta in essere dall'autore di un reato per ostacolare l'individuazione della provenienza illecita del profitto di questo. Più nel dettaglio, nel documento del GAFI si descrivono le varie fasi con cui generalmente si verifica l'occultamento della provenienza delittuosa del profitto del reato. Ciò può accadere innanzitutto dividendo l'importo in somme minori, depositate su conti correnti ovvero mediante il reperimento di altri strumenti di pagamento, per poi trasferire le somme medesime in altre destinazioni. Una volta immessi i beni di provenienza illecita nel sistema finanziario, si apre una seconda fase, in cui il riciclatore pone in essere tutta una serie di attività, quali la trasformazione o la sostituzione dei beni. L'ultima fase è rappresentata dal reimpiego dei beni *ripuliti* in un'attività economica lecita. Anche a livello internazionale, dunque, il disvalore

del riciclaggio, come anche dell'autoriciclaggio, risiede non solo nell'utilizzo di beni di provenienza illecita, ma anche in tutte le attività volte all'*occultamento* di tale provenienza. Chi omette di versare l'IVA, impiegandola nella propria attività imprenditoriale, non commetterà allora, in base alla definizione fornita dal *GAFI*, una condotta di riciclaggio, a meno che non ponga in essere anche delle ulteriori attività volte a *ripulire* i proventi dell'evasione. Riferendoci alla scelta compiuta da ultimo dal legislatore con la l. 186/2014, sembra che questa sia più o meno in linea con quanto previsto dal *GAFI*, e comunque molto di più in realtà di quanto non lo fossero le proposte formulate dalla *Commissione Greco* e su cui ci si è soffermati in precedenza. I risultati cui era approdata la Commissione non rappresentano, tuttavia, affatto un'anomalia, essendo al contrario la logica conseguenza dell'atteggiamento che da sempre nel nostro Paese si è tenuto nei confronti del reato di riciclaggio, utilizzandolo tradizionalmente in chiave di *supplenza giudiziaria* per reprimere in maniera severa condotte che, altrimenti, andrebbero incontro ad una sanzione penale ritenuta *troppo lieve*. Così, ad esempio, per giurisprudenza pressoché costante della nostra Corte di Cassazione, integrano gli estremi del reato di riciclaggio persino le condotte di chi, acquistata o in qualche modo ricevuta un'automobile di provenienza furtiva, ne sostituisca la targa o il numero di telaio<sup>27</sup>, ovvero la condotta della segretaria di un avvocato che versi sul proprio conto corrente un assegno, per poi consegnare al proprio datore di lavoro l'importo in contanti. È proprio la grande disinvoltura con cui nel nostro ordinamento ha trovato applicazione la fattispecie del

---

<sup>27</sup> V. Cass. Pen., sez. II, 4 settembre 2006 n. 29570, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>.



riciclaggio, a differenza di quanto accade all'estero, a doverci far riflettere sull'opportunità dell'introduzione anche del reato di autoriciclaggio e, soprattutto, della sua corretta formulazione ed applicazione.

### **1.11. La tendenza ad accostare la normativa antiriciclaggio a chissà quale fine antievasivo, per la confusione emergente tra i due ambiti**

La normativa succedutasi nel tempo in materia di antiriciclaggio, sia dal punto di vista degli adempimenti da parte degli intermediari, che da quello penalistico, è stata sempre più *piegata*, come abbiamo iniziato a vedere, a fini fiscali. I dibattiti succedutisi nel tempo sul tema, in ragione della scarsa comprensione complessiva del fenomeno tributario di cui andiamo a parlare, ha fatto sì che i due fenomeni diventassero una cosa sola, dacché in certi articoli e in alcuni dibattiti parlare di *lotta al riciclaggio* è ormai eguale a discutere di *lotta all'evasione*, come se questi ambiti fossero sovrapposti, o due facce della stessa medaglia, senza accorgersi di quanto in realtà l'evasione si discosti dalla realtà riciclatoria, non solo intersecandosi soltanto ad essa, ma addirittura interessandola di striscio. Sembra ormai chiaro ed evidente che il riciclaggio serva all'evasione soltanto per nascondere soldi ottenuti illecitamente. Sembra altrettanto palese e trasparente che un qualsiasi operatore finanziario possa andare a individuare, con chissà quale occhio magico, tutte quelle possibili situazioni di probabile evasione, solo e soltanto perché trovatosi di fronte a movimentazioni di somme, anche in contanti. Non si tiene in considerazione che un elettrauto possa versare dei contanti solo perché elettrauto, oppure che una lotta sul piano penalistico all'evasione rischi di rendere la stessa ineffettiva perché inefficace.

Si dovrebbe al contrario cercare di comprendere maggiormente il fenomeno, invece che sparare nel mucchio, perché forse in tal modo risulterebbero ancora più chiari la differenza e i punti di contatto tra i due mondi. Anzi si potrebbe ulteriormente asserire come sia diversa la natura e il fine della condotta dell'evasore che nasconda le somme evase, sottraendole all'accertamento fiscale, rispetto a quella di un corrotto che nasconda proventi della corruzione non solo alla macchina penale, ma anche alla società, compresi i propri eventuali nemici politici, com'è avvenuto del resto a Panama. Da un lato, risulta facile comprendere come un obbligo imprecisato di segnalare qualsiasi attività sospetta di evasione, oltretutto di riciclaggio, porti a una confusione generale e a un meccanismo senza un senso preciso, che porterebbe a una attività spaesata e senza reali punti di riferimento; utilissime, in tal senso, l'anagrafe tributaria e quella dei rapporti finanziari, ma tutti questi strumenti non possono sostituirsi all'attività valutativa degli uffici, così come un limite alla circolazione del contante, nella vana speranza che possa essere una misura di questo tipo a far convergere il denaro sui conti correnti, potrebbe sì avere degli effetti positivi sull'evasione, ma che risulterebbero comunque marginali rispetto alla complessità e alla consistenza del problema. Dall'altro lato, non si capisce che una norma sull'autoriciclaggio, che valga soltanto per la condotta che sfoci in attività economiche e finanziarie, rischia seriamente di prendere ancora più di striscio il problema, data la natura dell'evasione, attività praticata per sottrarre soldi al Fisco e goderseli in proprio. Particolare, poi, il rapporto indefinito tra utilizzo economico e mero utilizzo o godimento personale. Il medesimo riferimento della fattispecie di autoriciclaggio alle attività economiche o finanziarie contrasta con quello che avviene in materia di evasione. Se si volessero impiegare i soldi nell'azienda, non si avrebbe bisogno di evadere, e questa possibilità riemergerebbe magari per pagare i lavoratori in nero,

o per corrompere qualcuno, pur rimanendo anche in questo caso in una attività economica lecita o comunque tale e quale a quella lecita cui è seguita l'evasione. Questo perché l'evasore non ha bisogno di lavare il denaro, essendo la sua una attività già lecita a tutti gli effetti.

## CAPITOLO 2

# TENDENZE DI OPINIONE SULL'EVASIONE FISCALE E AUTORICICLAGGIO

SOMMARIO: 2.1. La confusione della pubblica opinione alla base dell'inefficienza della macchina tributaria dove le aziende non arrivano - 2.2. *Segue*: i motivi alla base dell'incomprensione del meccanismo di tassazione attraverso le aziende - 2.3. *Segue*. Le soluzioni incomplete all'evasione fiscale fornite dai laici, nel dondolarsi degli studiosi - 2.4. La responsabilità dei media nell'accrescimento della confusione in tema di determinazione tributaristica della ricchezza - 2.5. L'illusione di poter portare la contabilità aziendale dove le aziende non arrivano - 2.6. Le aziende come capro espiatorio e tacciate di immoralità soltanto perché strutture organizzate e prive di umanità - 2.7. *Segue*: le contestazioni interpretative come palliativo all'incapacità valutativa degli uffici tributari dove le aziende non arrivano - 2.8. *Segue*: il mito della *grande eva-sione* e dell'*evasore ladro*, alimentato dalla mancanza di comprensione dei meccanismi aziendali - 2.9. *Segue*: L'aumento della ricchezza non registrata come risultato dell'odierna lotta all'evasione - 2.10. L'attività valutativa degli Uffici come elemento realmente necessario per una corretta e mirata determinazione della ricchezza non registrata

### **2.1. La confusione della pubblica opinione alla base dell'inefficienza della macchina tributaria dove le aziende non arrivano**

Ad oggi vediamo un apparato fiscale che solo in apparenza si presenta efficiente, pubblicizzandosi anche spesso in televisione, ma che in realtà vive un momento di reale incertezza. È da tener presente, inoltre, l'avvenuta smilitarizzazione della macchina fiscale e la sua trasformazione in una azienda attraverso il passaggio al modello aziendalistico-manageriale delle Agenzie. Osservando gli uffici tributari oggi, sembra di vedere la struttura e l'organizzazione di una vera e propria azienda. Il piccolo grande problema di questa trasformazione modernizzatrice, tuttavia, nasce da profondi errori di fondo. La macchina fiscale infatti, pur avendo la struttura di

un’azienda, non lo è davvero, e mai lo sarà. Questa non ha l’obiettivo dell’efficienza e del bilancio e, per giunta, non si confronta con dei clienti, ma con degli utenti. A volerla dire proprio tutta, se questi problemi, per il resto della macchina pubblica, sono o possono comunque essere considerati di minor peso, risolvendosi il problema nel fatto che, invece che con dei clienti, ci si trova appunto a dialogare con degli utenti che hanno comunque un interesse a confrontarsi con l’amministrazione, per quanto attiene invece al Fisco, non solo si ha di fronte degli utenti, ma per di più questi non hanno nessun interesse e nessuna volontà di dialogare con l’Amministrazione. Sarebbe invece importante, nella moderna macchina fiscale, non ragionare da azienda ma da soggetto pubblico, che cerca l’efficienza per il bene comune. Dall’altra parte, poi, gli uffici tendono a non esporsi, non facendosi vedere e tendendo sempre più a deresponsabilizzarsi. Questi cercano di evitare in toto la determinazione valutativa della ricchezza, che li esporrebbe eccessivamente a qualsiasi tipo di ricorso e contestazione, per rifugiarsi nella molto più comoda e conveniente determinazione ragionieristica della ricchezza attraverso le aziende. Qui i responsabili del Fisco possono sguazzare come meglio credono, lavorando ed esponendosi su di un lavoro già bello e pronto, perché redatto dagli uffici contabili delle aziende. Si va alla ricerca in sostanza del risultato di servizio, che consiste nel tanto agognato *gettito fiscale*, perdendosi in decine, centinaia di situazioni al limite, in cui si cerca di far emergere un’enormità di evasioni interpretative. Si finisce per scaricare tutto sulle aziende, mentre per il vasto e trasversale *partito della spesa pubblica* l’evasione fiscale diventa un diversivo contro le accuse generalizzate di inefficienza e di sprechi nella macchina pubblica, alla base di un debito pubblico enorme, di una pressione fiscale più che nordeuropea, ma con servizi da terzo mondo. Rispetto a queste

accuse di inefficienza, l’evasione è vista quindi come un diversivo rispetto alla disorganizzazione sprecona dell’intervento pubblico in tanti settori, ivi compresa la determinazione della ricchezza ai fini tributari. Si finisce per sfruttare come capri espiatori gli evasori fiscali, alla cui fantomatica perversione privata viene data, probabilmente in buona fede, la colpa di una gigantesca disfunzione pubblica, al fine di nascondere un fallimento organizzativo. L’incapacità di determinare in modo adeguatamente sistematico la ricchezza non raggiunta dalle aziende è infatti rivelatrice di una disfunzione della macchina pubblica, e della percezione della pubblica opinione. Risultano grossolani, come abbiamo poc’anzi detto, interrogativi su cosa sarebbe successo se tutti avessero pagato le tasse, considerando per di più che probabilmente ci sarebbe stata la stessa leggerezza nella spesa e i conti pubblici non sarebbero migliori di oggi. Sono diversivi che cercano anche di far leva sull’*invidia sociale*, visto che le maggiori possibilità di evasione riguardano gli operatori economici e i lavoratori indipendenti, mentre la *lotta all’evasione*, di matrice burocratico-sindacale, viene usata a fini politici in una specie di istintiva e fantomatica *via fiscale alla lotta di classe*<sup>1</sup>. Una tendenza uguale e contraria spiega invece i malesseri fiscali con un’eccessiva presenza dello stato, cavalcando la già indicata inefficienza di tante funzioni pubbliche, dato che gli stessi inutili rituali della *lotta all’evasione* diventano un motivo di polemica verso un fantomatico *Stato di polizia tributaria*; si viaggia tra accuse di evasione fiscale ai lavoratori indipendenti e riferimenti al *doppio lavoro*, spesso in nero, di tanti dipendenti, accusati di pigrizia, in realtà spesso riflesso della disorganizzazione dei pubblici uffici, e tra la c.d. *evasione di sopravvivenza*, l’affermazione sensazionalistica dell’inutilità dei tributi e l’eccessività delle aliquote. Tra

---

<sup>1</sup> In tal senso Raffaello Lupi, *Compendio di Diritto Tributario*, Roma, Dike, 2014, p. 98.

questi estremi ci sono poi infinite sfumature intermedie, a seconda delle contingenze, dello stato d’animo e di come si combinano di volta in volta diverse intuizioni e sensazioni. Basti pensare al fatto che la maggior parte delle persone non vedano di buon occhio l’evasione, anche se ne coglierebbero volentieri l’occasione, oscillando tra *l’io pagherei se pagassero tutti* e *il su questo non pago perché nessuno al posto mio lo farebbe*. Ce n’è abbastanza quindi per escludere che l’opinione pubblica accetti l’idea degli *evasori per tendenza, per carattere, per intrinseca disonestà*, come pure la sua spiegazione come *perversione privata* dei contribuenti. La pubblica opinione intuisce infatti che per molti versi l’evasione è causata dal cattivo funzionamento della macchina pubblica, e coglie abbastanza il problema del mancato coordinamento tra tassazione attraverso le aziende e attraverso gli uffici. La pubblica opinione intuisce in sostanza che, sulla ricchezza non raggiunta dalle aziende, l’apparato pubblico mostra inefficienze superiori a quelle percepite in altri settori, senza rendersi conto che è anche e soprattutto la sua vaghezza di idee sul tema, e quindi la sua scarsa capacità di valutazione, a rendere poco efficiente l’attività degli uffici tributari. La mancanza di punti di riferimento in materia tributaria della pubblica opinione, e le suddette spiegazioni, socialmente laceranti, non solo ostacolano la macchina pubblica del settore, ma creano polemiche inutili; ci si disperde in inconcludenti accuse reciproche, sofismi, pretesti, salti logici e cortine fumogene, diversivi sui *grandi evasori*, sui costi della politica, sull’economia criminale, in ricette miracolose e altre divagazioni non pertinenti. Si finisce per scaricare questa tensione sulle aziende e su quanto in realtà queste dichiarano, ancorandosi al diversivo delle contestazioni interpretative, e andando a dare vita a quello che ormai viene da molti

definito *paradiso del sommerso e inferno del dichiarato*<sup>2</sup>, in un circolo vizioso che ostacola lo sviluppo del paese e l’organizzazione sociale e contribuisce alla sua crescente burocratizzazione e povertà. Il *partito degli evasori* è insomma un diversivo, rispetto all’inefficienza dell’intervento pubblico, sbrigativamente giustificata da una ipotetica mancanza di fondi, mentre in realtà deriva dai problemi, purtroppo molto più gravi, di mancanza di bagaglio culturale, di organizzazione e di iniziativa. In questa cornice, i sostenitori *duri e puri* della spesa pubblica finanziata dai tributi continuano a spiegare i mali italiani con l’evasione come *perversione privata*, senza capire le mille ragioni della sua natura di *disfunzione pubblica*. Non serve, quindi, ai titolari di ricchezza non tassata attraverso le aziende, una concessione politica per evadere, perché basta loro la confusione contingente, che si auto produce pur non essendo auspicata da nessuno. La situazione è talmente drammatizzata e schizofrenica che i tentativi di riflessione sono accusati di debolezza e connivenza, vuoi verso le tasse, vuoi verso gli evasori, con atteggiamenti allucinati e intransigenti, simili a quelli degli antichi inquisitori. La pacatezza della riflessione, la coesione sociale, la consapevolezza della pubblica opinione e la serenità del lavoro degli uffici certamente non ci guadagnano. La sintesi di questo polverone confusionario è una strisciante crescita, negli ultimi anni, delle tendenze *antifisco*, dovute forse alla crescente percezione della quantità di spesa pubblica improduttiva, a prescindere dalla presunta perversione degli *evasori*. Si percepisce anche in quale misura la macchina fiscale rifletta il disorientamento diffuso nel paese, finendo per funzionare male, al di là delle intenzioni. Cresce pian piano, in questo contesto, la consapevolezza che il problema con-

---

<sup>2</sup> R. Lupi, *Evasione Fiscale, paradiso e inferno. Teoria della tassazione analitico aziendale e delle sue disfunzioni in Italia*, Ipsoa, 2008.



siste nella *richiesta amministrativa delle imposte dove le aziende non arrivano*, ovvero proprio dove dovrebbero intervenire gli uffici tributari, portando la pubblica opinione ad essere sempre meno sensibile alle gogne mediatiche per fantomatiche evasioni fiscali di operatori economici che creano, tutto sommato, ricchezza e lavoro. Non si tratta certamente di un apparato pubblico da smantellare, ma al contrario da far funzionare meglio e più efficientemente, anche a proposito della determinazione della ricchezza ai fini tributari.

## **2.2. Segue: i motivi alla base dell’incomprensione del meccanismo di tassazione attraverso le aziende**

Ci sono, in sostanza, probabilmente due motivi per cui la pubblica opinione e le classi dirigenti non capiscono la tassazione attraverso le aziende. Innanzitutto l’azienda, quale struttura pluripersonale diversa dal titolare e priva di bisogni personali, non è adeguatamente compresa. In aggiunta, v’è da considerare la mancanza di comprensione del motivo per cui l’azienda, come organizzazione, possa essere strumento, da un lato, di determinazione della ricchezza nei riguardi di consumatori, dipendenti e risparmiatori ma anche, dall’altro, di evasione per il titolare. La pubblica opinione tende infatti a identificare l’azienda col proprietario, come se questi fosse un *grosso pasticcere*, senza comprendere che si tratta in realtà di una organizzazione priva di

bisogni personali<sup>3</sup>. Anzi, anche a causa della proprietà personale delle aziende italiane, tale da dare vita a un vero e proprio *capitalismo familiare*, la pubblica opinione tende a concepire l’azienda come un essere umano e a trasferire sulla stessa i vizi, le virtù e i comportamenti di artigiani e piccoli commercianti, in una cornice complessa e trascurata dagli studiosi del diritto tributario, che si sono troppo appiattiti sulla normativa da cui, data la sua relativa sterilità, non possono per definizione ricavarsi spiegazioni di insieme dei comportamenti sociali. Non si tiene di conseguenza in considerazione il fatto obiettivo che l’azienda, in quanto organizzazione pluripersonale, sia invece una organizzazione di individui con una divisione di compiti, separazioni di responsabilità e necessità di rendicontazione, prima di tutto interna. Come per tutti i gruppi sociali intermedi, quali associazioni politico-sindacali, comunità religiose o gruppi sportivi, l’azienda è priva di bisogni personali in nome dei quali nascondere ricchezza al Fisco. Si tratta di un gruppo sociale a base economica, tenuto assieme dalla produzione di beni e servizi per il mercato. Come organismo pluripersonale, quindi, l’azienda non si preoccupa tanto dei bisogni personali del titolare, ma dell’*equilibrio*, che dipende dalla remunerazione di tutti gli elementi dell’organizzazione attraverso il concetto di *valore aggiunto*. A differenza di quanto accade per il lavoratore indipendente<sup>4</sup>, il tornaconto dell’imprenditore come persona, se l’azienda crea valore, sussiste anche senza profitto. L’azienda non possiede quindi le medesime esigenze di consumo personale e familiare tipici degli individui, con necessità di nascondere materialmente al Fisco ricchezza al fine di finanziare i

---

<sup>3</sup> In tal senso Emanuela Melchiorre, *Il mito del «grande evasore» come ostacolo alla spiegazione sociale della determinazione dei tributi*, in *Lotta all’evasione e «grandi evasori» come ostacoli mediatici a una teoria della determinazione dei tributi*, di Emanuela Melchiorre e Raffaello Lupi, in *Dialoghi tributari*, 2015, 1, pp. 11-12.

<sup>4</sup> R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 30.

consumi e i risparmi. Gli equivoci generali sull’idea di azienda, e le carenze di formazione economico-sociale, hanno ostacolato la percezione del suddetto suo ruolo ai fini della determinazione tributaristica della ricchezza. Si tratta di una *esternalità positiva*, cioè di un contributo delle aziende alla convivenza sociale, che non è stata colta neppure da quanti vi operano, assorbiti dall’attività che tiene insieme l’azienda come gruppo, cioè produzione di merci e servizi, siano essi farmaci, calzature, comunicazioni telefoniche o trasporti. Gli stessi operatori delle aziende non capiscono la tassazione attraverso le aziende, e anche di qui si spiega quindi il suo mancato riconoscimento da parte della pubblica opinione in genere. Insospettisce forse la struttura proprietaria che caratterizza l’azienda rispetto ad altri corpi sociali intermedi, con base associativa, come sindacati, partiti o gruppi religiosi, ovvero istituzionale, come i corpi militari o la magistratura. Quest’appartenenza privata, con matrice *non democratica*, dell’azienda ha provocato una serie di equivoci e tensioni sociali di vario tipo, che hanno innescato un circolo vizioso col ruolo operativo della proprietà nelle piccole aziende italiane, poco organizzate al vertice, venate di paternalismo e invidie, che contribuiscono ulteriormente a confondere il gruppo sociale *azienda* con il suo titolare. Ci si confonde spesso, ad esempio, tra l’azienda *a conduzione familiare*, nella quale coniugi o figli prestano materialmente la loro opera, spesso con altri collaboratori, e quella *a proprietà familiare*, che magari possiede centinaia di operai e impiegati. Anche per via di questo capitalismo familiare, l’immagine dei piccoli commercianti e degli artigiani si proietta sulle aziende, come se avessero i bisogni personali e familiari di lavoratori indipendenti, come dire, troppo cresciuti. Per questo in Italia, a differenza di altri paesi nei quali non c’è diffidenza nei confronti di tali organizzazioni, le aziende non riescono ad evolversi verso un assetto istituzionale in cui la proprietà si frammenti in una *governance* tra molteplici

investitori istituzionali e risparmiatori. La determinazione tributaristica della ricchezza, tuttavia, trae vantaggio anche per le aziende a proprietà familiare, come per tutti i corpi sociali, dalle necessità contabili e documentali delle stesse. Grazie a tali rigidità la tassazione arriva sulla ricchezza che passa attraverso l'azienda, relativa ai consumatori, ai collaboratori dipendenti o autonomi, ai risparmiatori e infine agli stessi titolari dell'azienda. L'attuale gettito tributario deriva in larga parte da tali necessità ragionieristico-contabili delle aziende private, la cui utilizzazione va coordinata con la tradizionale determinazione estimativa e valutativa, dove le aziende non arrivano. La tassazione attraverso le aziende non è limitata a quelle produttive e private, ma utilizza tutti i corpi sociali, comprese le aziende pubbliche *di erogazione* indicate sopra, soprattutto quando esse pagano stipendi e altri compensi in veste di sostituto di imposta. La macchina pubblica, destinataria del gettito dei tributi, partecipa quindi anch'essa alla tassazione attraverso le aziende quando essa eroga ricchezza a terzi, anzi con rigidità amministrative in questo caso massime. In materia tributaria v'è quindi la ricaduta di questa carenza conoscitiva generale, prodromica essa stessa al diversivo della *grande evasione*, laddove il *grande evasore* viene riconosciuto nell'industriale che replica i comportamenti di un piccolo commerciante o di un semplice artigiano, scavalcando i processi amministrativi della propria azienda.

### **2.3. *Segue*: le soluzioni incomplete all'evasione fiscale fornite dai *laici*, nel dondolarsi degli studiosi**

La pubblica opinione reagisce in ordine sparso davanti alla disorganizzazione, apparentemente inspiegabile, della determinazione della ricchezza, attraverso risposte

inevitabilmente estemporanee, essendo chi le elabora dedicato ordinariamente ad altri compiti, come accade a un politico o a un giornalista. L'interesse alla determinazione della ricchezza ai fini tributari è diffuso, ma variabile a seconda di un punto di vista o di un altro. La politica guarda al consenso e alla coesione sociale, l'amministrazione pubblica deve *coprirsi* rispetto alla legge e fare *risultato di servizio*, il giudice deve risolvere una controversia nel modo più agevole e meno criticabile possibile i professionisti sono disorientati e oberati di lavoro spesso inutile, gli studiosi sono paralizzati da equivoci metodologici di vario tipo, i giornalisti devono riempire una pagina o un programma tv e, infine, gli studenti ingurgitano qualsiasi cosa serva a superare l'esame. Uno sfacelo, insomma, dove nessuno riesce a smuovere gli stereotipi, teorici o pratici, che ricoprono il settore e inceppano il pensiero. Il bagaglio culturale della classe dirigente consente a molti economisti, politici, pubblicisti, giornalisti, scrittori, organi professionali e istituzioni, di comprendere come il vero problema sia la ricchezza non registrata, e di arrivare a definire, davanti alle mancate risposte accademiche, alcune linee di intervento a prima vista sensate, ma scoordinate e riduttive rispetto alla complessità del problema. Davanti ai noti squilibri nella determinazione della ricchezza, molti esponenti della classe dirigente forniscono infatti, nella massima buona fede, ricette per *salvare la patria*, con tentativi apprezzabili ma discontinui, scollegati tra loro, inevitabilmente personalistici, dove idee semplicemente sensate, ma ancora limitate, sono presentate come una ricetta al contrario risolutiva, senza rendersi conto invece che l'affinamento, il coordinamento e la valutazione di realizzabilità di questi spunti richiederebbe al contrario l'impegno costante di un gruppo di studiosi dedicati, capaci di padroneggiare la realtà. Altrimenti ci si perde tra *discorsi sensati, ma scoordinate*, e ripetuti ripartendo sempre da zero. Tutto ciò si ripercuote poi su altre problematiche collegate, come si avrà

modo di spiegare più avanti. Senza questo polo di aggregazione, questi tentativi sono destinati a rimanere isolati, essendo i rispettivi promotori a loro volta impegnati, come detto, in altre parallele incombenze di varia natura, ad esempio politiche, istituzionali o giornalistiche. Pensiamo a chi tenta di spiegare l’evasione fiscale con le aliquote troppo alte. Ne derivano proposte, a prima vista accattivanti, di *aumentare il gettito diminuendo le aliquote*<sup>5</sup>, visto che aumentare le aliquote toglierebbe spazio alla portata dissuasiva delle sanzioni, essendo difficile in sede di controllo chiedere, per le grandi imposte, più della ricchezza evasa. Questa linea di pensiero, che all’apparenza non fa una piega, non tiene conto tuttavia del fatto che gli automatismi ragionieristici della tassazione attraverso le aziende funzionano invece a prescindere dall’eccessività delle aliquote, e che la loro riduzione incide pochissimo sull’evasione e addirittura negativamente sul gettito. Abbassare le aliquote per tutti provocherebbe quindi una perdita di gettito sulla ricchezza raggiunta dalle aziende, lasciando sostanzialmente indifferente, in assenza di un sistematico intervento valutativo degli uffici, quella dove le aziende non arrivano. Qualche fortuna ha anche la spiegazione basata sul *senso civico*<sup>6</sup>, non preoccupandosi del fatto che questo risponda comunque a una media nazionale, senza frammentarsi per categorie economiche, e quindi secondo la determinabilità della ricchezza di ciascuno. Non esiste cioè un *senso civico fiscale*, uno *ambientale*, uno *educativo*, uno *sanitario*, uno *culturale* e uno *sportivo*. Il *senso civico* non cambia a seconda della distanza delle varie forme di ricchezza rispetto alla tassazione attraverso le aziende, né a seconda delle tipologie di ricchezza possedute o con cui si ha a che fare, come se esistesse

---

<sup>5</sup> V. ad es. Francesco Forte, *Se aumenta le tasse lo Stato fa autogol*, <<il Giornale>>, 8 ottobre 2014.

<sup>6</sup> V. Andrea Leccese, *Le basi morali dell’evasione fiscale. Tutto quello che c’è da sapere sul tallone d’Achille del nostro Paese*, Roma, Armando editore, 2007, pag. 24 e, ad es., Albino Russo e Nicola De Carne, *il controverso senso civico degli italiani*. Disponibile su <http://www.rapportocoop.it>.

un senso civico dei lavoratori indipendenti, uno degli impiegati, uno dei risparmiatori, uno dei proprietari di appartamenti, uno degli esercenti un secondo lavoro e così via. Ciascuna categoria economica e sociale include contribuenti più timorosi e più spregiudicati, ma i comportamenti di massa dipendono soprattutto dalla determinabilità della ricchezza, oltre che dalla percezione della propaganda. Per questo la ricchezza dichiarata dove le aziende non arrivano, pur sottodimensionata rispetto alla realtà, è maggiore di quanto sarebbe se i contribuenti considerassero la probabilità di un controllo del Fisco solo in base alla loro esperienza diretta, trascurando l’impatto dei *mass media*. Il fatto che i lavoratori indipendenti al consumo finale, nel complesso, pur evadendo ampiamente, dichiarino nell’insieme cifre non manifestamente inverosimili, non dipende da un loro superiore *senso civico* ma dall’impatto della propaganda. Per questo bisogna smetterla col chiamare *ladro di tasse*<sup>7</sup> o *parassita* chi non è raggiunto del tutto dalla tassazione attraverso le aziende, con gli effetti sociali laceranti connessi all’equivoco concetto di *lotta all’evasione*. Così come, allo stesso modo, dobbiamo per un verso guardare alla situazione estera, che conferma del resto che quando si ha a che fare con la determinazione della ricchezza ai fini tributari nessuno è patriota. Ce lo dicono recenti studi economici, secondo i quali persino i lavoratori indipendenti di paesi con forte senso civico, e dove il contante è scarsissimo, tendono infatti a omettere la registrazione fiscale di buona parte della ricchezza. Questo dà ulteriore prova del fatto che dove la ricchezza non è determinabile quindi attraverso le aziende, una presenza, sistematica e valutativa, del Fisco, è necessaria alla credibilità della ricchezza registrata.

---

<sup>7</sup> Così più volte Stefano Livadiotti, *Ladri, gli evasori e i politici che li proteggono*, Milano, Bompiani, 2010.

#### **2.4. La responsabilità dei media nell’accrescimento della confusione in tema di determinazione tributaristica della ricchezza**

Tutte queste chiavi di lettura confuse e parziali, che in mancanza di meglio si auto-producono nella pubblica opinione, sono inevitabilmente riprese dai mezzi di comunicazione, che non riescono a fare di meglio che rilanciare la semplicistica spiegazione dell’evasione fiscale, come detto, in termini di *onestà* e *disonestà*, mettendo in ombra quello che è il profilo tipico del diritto tributario, ovvero la diversa determinabilità della ricchezza. In assenza di un intervento da parte degli studiosi che la valorizzi, la determinazione della ricchezza finisce in secondo piano rispetto alle semplicistiche spiegazioni in tema di onestà, disonestà o anche eccessività delle aliquote. Sul piano puramente mediatico della bontà e della cattiveria il *grande evasore* diviene, in definitiva, un disonesto senza scusanti, un capro espiatorio ideale, contro cui indirizzare la riprovazione di una pubblica opinione costretta a barcamenarsi in una realtà diffusa di bassi stipendi e di difficoltà quotidiane. Questi diviene, in sostanza, una *legittimazione* per la *piccola evasione*, da cui tuttavia, come noto, vengono invece i grandi numeri del fenomeno. L’obiettivo dei media è in definitiva *intrattenere e interessare*, non purtroppo *formare*, ed è per questo quindi che essi si collegano ad eventi e storie necessarie soltanto a destare interesse, anche perché le notizie interessanti in sé non sono una fonte quantitativamente adeguata ad alimentare le innumerevoli testate giornalistico-televisive e di internet. Anche sull’evasione fiscale la pubblica opinione è quindi intermediata dai media e dalla loro necessità di interessare e fare sensazione, obiettivo cui il *grande evasore*, appunto, si pre-



sta ottimamente, con messaggi mediatici martellanti e poco approfonditi, che tendono a ripetere soltanto stereotipi. È del resto inevitabile che, in una società complessa, la pubblica opinione ed il bagaglio culturale derivino, in materia tributaria, soprattutto dall’intermediazione giornalistica, che con internet si è in parte *disintermediata*, guadagnando sicuramente in democrazia, ma perdendo in qualità ed approfondimento<sup>8</sup>. Questa forma di cultura tende così ad assecondare i luoghi comuni, sensati e credibili, che la gente vuole sentirsi dire, compresa la suddivisione dei contribuenti in buoni e cattivi, onesti e disonesti, con un flusso mediatico ininterrotto che ostacola la ricerca di una sintesi tra gli impulsi alla base dei diversi messaggi mediatici collegabili a una notizia. Anche sul Fisco l’informazione è utile solo ove consenta di sedimentare pian piano una *formazione sulla localizzazione* dell’evasione fiscale, mentre invece i ritmi frenetici di pubblicazione ostacolano spesso, al contrario, addirittura il ragionamento, alla ricerca del *mostro* da sbattere in prima pagina, nello scomodo ruolo di *grande evasore*, meglio ancora magari se *vip*. Anzi, a maggior ragione potremmo dire che sull’evasione fiscale la continua ricerca del sensazionalismo e dello *share* è controproducente, rispetto al ruolo sociale dei mass media, arrivando ad individuare nel *grande evasore* una metafora del senso di frustrazione e d’impotenza del cittadino comune. Ci si scorda, in questo modo, della spiegazione sociale della determinazione dei tributi, presi dal sensazionalismo e dal semplicismo mediatico.

---

<sup>8</sup> Così E. Melchiorre, *Il mito del «grande evasore»*, cit., p. 15.

## 2.5. L’illusione di poter portare la contabilità aziendale dove le aziende non arrivano

Nonostante questa mancanza di punti di riferimento, la pubblica opinione intuisce la tassazione attraverso le aziende, tendendo istintivamente a trasferirla dove le aziende non esistono. È un filo conduttore che lega numerosissimi fenomeni apparentemente diversi, che vanno dalla *contabilità fiscale* del lavoratore indipendente al c.d. *contrasto d’interessi*, dagli scontrini e dalle ricevute fiscali di artigiani e piccoli commercianti alla *tracciabilità*, e dai divieti all’uso del contante all’anagrafe dei conti bancari. A tutti questi documenti viene attribuita una valenza quasi magica, quando invece essi non assicurano in realtà la registrazione e la dichiarazione fiscale del provento sottostante, ben potendo comunque rivelarsi *utili indizi contabili* per una determinazione valutativa della ricchezza. In generale quindi, la pubblica opinione, pur comprendendo la tassazione attraverso le aziende, non si accorge che questa può davvero funzionare soltanto ove esista una azienda pluripersonale, con una necessità di controllo interno, che sia poi utilizzata dal Fisco a proprio uso e consumo. Esportare la contabilità presso casalinghe, pensionati, artigiani, studenti e venditori ambulanti è velleitario un po’ come *esportare la democrazia* in contesti tribali e feudali. La contabilità infatti non ha senso dove manca il controllo reciproco dei membri di un gruppo sociale, con procedure di emissione e archiviazione dei documenti, uno scadenziario degli adempimenti, e tanti altri passaggi solo pallidamente imitati dai professionisti incaricati di una inutile *contabilità fiscale*. Con questa tendenza a *estendere la tassazione contabile*, si intreccia quella parallela a *ragionierizzare*<sup>9</sup> le

---

<sup>9</sup> In tal senso R. Lupi, *Diritto Amministrativo dei tributi*, edizione online, pp. 175-179.

*stime*, elementi su cui è tradizionalmente basata la tassazione valutativa attraverso gli uffici tributari. Sono entrambi sintomi, uguali e contrari, di un desiderio di coordinamento e di una inconscia aspirazione all’omogeneità del sistema, che sono in realtà raggiungibili soltanto con l’assunzione di una certa consapevolezza sulla diversa determinabilità della ricchezza. Altrimenti si innesca la tendenza, in un contesto di tassazione ragionieristica attraverso le aziende, a *ragionierizzare, come detto, le stime*, omologandole forzatamente a tale contesto, portando istintivamente le istituzioni, prive di validi punti di riferimento, a cercare di formalizzare le valutazioni degli uffici in passaggi predeterminati, come negli *studi di settore*, nell’*accertamento sintetico di massa* e nell’utilizzazione ragionieristica degli *indizi contabili*. Non sono altro che istintive aspirazioni estemporanee alla sistematizzazione della determinazione tributaristica della ricchezza, su cui si inseriscono curiosi effetti di annuncio, tipici della lotta all’evasione in televisione, e leggende metropolitane, come quella della tracciabilità, della fatturazione elettronica e del computer che sa tutto, come se il *grande fratello fiscale* informatico potesse sostituirsi alle aziende dove gli uomini hanno fallito. Le dichiarazioni pubbliche, i messaggi politici e le leggi manifesto generiche, enfatiche e contraddittorie alimentano tutte queste illusioni, da cui nascono poi innumerevoli *trovate normative*, anche sensate, ma riduttive e scoordinate, che ogni governo si ritiene in dovere di esibire per mostrare di *fare qualcosa contro l’evasione*; nasce in sostanza una emergenza permanente, ma anche inconcludente, fatta di *opposti isterismi* che provengono spesso a singhiozzo dalle medesime aree politico-culturali, e che portano a una moltiplicazione di adempimenti e rituali inutili sulla ricchezza registrata.

## 2.6. Le aziende come capro espiatorio e tacciate di immoralità soltanto perché strutture organizzate e prive di umanità

Si nota un certo intreccio tra la fuorviante spiegazione dell’evasione in base a *disonestà, egoismo, senso civico* e simili, e la confusione in materia di aziende. Su questa premessa le aziende possono essere facilmente etichettate come *grandi evasori* da una opinione pubblica priva di retroterra in materia, che non arriva a considerare il ruolo di esattori del Fisco che le medesime svolgono ogni giorno, e che quindi le addita in tal senso per la presenza di tutte le caratteristiche per un ruolo di capro espiatorio. Esse sono grandi, impersonali e vengono viste in modo antropomorfo e risultando quindi poco simpatiche, poco numerose, prive del diritto di voto e anche misteriose nei loro meccanismi contabili. Le aziende insospettiscono già con i loro bilanci, che chiudono sempre in pareggio al centesimo, quando anche l’uomo della strada smarrisce con indifferenza cifre molto superiori<sup>10</sup>. L’immaginario collettivo confonde la strutturale mancanza di umanità delle organizzazioni aziendali, con una connessione tra la loro imprecisata *immoralità umana* e la già indicata spiegazione dell’evasione in base all’ormai famoso *senso civico*. Partiamo dall’idea diffusa delle aziende come *omoni* dediti al profitto, che sfruttano i dipendenti, lasciandoli morire con indifferenza negli infortuni sul lavoro, inquinano l’ambiente, suggestionano i consumatori, truffano i risparmiatori, corrompono i pubblici ufficiali e chi più ne ha più ne metta, avviando un percorso socialmente dannosissimo. La rigidità organizzativa, che è il punto forte dell’esternalità positiva aziendale, consistente nella determinazione tributaristica della ricchezza, viene letta paradossalmente da tutti

---

<sup>10</sup> Così R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 147.

come un motivo di *asocialità aziendale* e quindi, per la suddetta indicazione delle aziende come capri espiatori, della sperequazione nella determinazione tributaria della ricchezza. Abbiamo già detto che le aziende non sono *elettori*, non sono *persone*, e perciò da un lato esse risultano ottime per lo scaricabarile, mentre dall'altro la maggiore imposta accertata per contestazioni interpretative viene considerata *risultato di servizio* e data in pasto alla pubblica opinione che, preoccupata invece della ricchezza non registrata, non comprende il giochetto. Un apprezzabile risultato di servizio è facilmente raggiungibile variando un po' il regime giuridico applicato da aziende che movimentano volumi importanti di ricchezza, derivandosene incidentalmente un grande scorno di chi ha registrato tutto, e viene accusato di averlo registrato male, mentre la ricchezza non registrata è per definizione immune da contestazioni interpretative. Ricadiamo sempre in quello che abbiamo definito essere *il paradiso del sommerso e l'inferno del dichiarato*. La contestazione interpretativa consente di esporsi poco, confrontandosi peraltro con aziende collaborative, con primari studi professionali, e facendo un lavoro pulito in punto di diritto in cui ci si sente un po' professori, essendo *coperti* da articoli di legge, circolari, sentenze e altri materiali normativi. Il problema è che, anche quando queste contestazioni interpretative risultano esatte, sono poco insidiose rispetto alla massa enorme di ricchezza non registrata e alla perdita di controllo del territorio da parte del Fisco. La forma viene combinata con la sostanza in modo da massimizzare il carico tributario, non perché le cifre coinvolte siano rilevanti per le casse dello stato, ma per massimizzare, come detto, la rendicontazione del servizio dell'istituzione. Le contestazioni basate sulla c.d. *antieconomicità* costituiscono la riaffermazione dell'oggetto economico del diritto tributario. Anche qui il vero obiettivo, che è la ricchezza non registrata, resta nell'ombra e uno schema di contestazione che dovrebbe essere lineare diventa

confusionario, con forti danni per la dialettica amministrativa e giurisprudenziale, dove non si capisce più esattamente di che cosa si parla, in ultima analisi a danno del contribuente. Il riferimento all’*antieconomicità* fa pensare a un sindacato delle scelte imprenditoriali, mentre nessuno dubita che l’imprenditore possa sbagliare, ipotizzando soltanto che abbia rappresentato la ricchezza appositamente in modo distorto, all’unico fine di nascerla al Fisco o di realizzare chissà quali altri stratagemmi elusivi. La confusione aumenta quando si utilizza il medesimo concetto per contestare deduzioni di costi non inerenti, nel qual caso la spiegazione dell’*antieconomicità* è un consumo personale *mascherato da costo aziendale*. La drammatizzazione mediatica dell’evasione fiscale, unitamente all’equivocata mitologia dei *grandi evasori* e alle diffidenze della pubblica opinione verso le aziende come organizzazioni, alimenta un accanimento verso le aziende, in un masochismo sociale di cui gli uffici sono ostaggi e che non possono permettersi di smentire. Ci si nasconde anche per questo dietro a infinite contestazioni interpretative senza un vero e proprio filo conduttore, nelle quali è comprensibile e legittimo che gli uffici tributari imitino le espressioni, sussiegose e inconcludenti, presenti nell’accademia, nell’editoria e nella pubblicistica, esponendo solo quegli aspetti della situazione, magari del tutto innocua per il Fisco, che possono disorientare il lettore, facendo balenare sullo sfondo chissà quali sospetti. Ne troviamo conferma negli interminabili e scaramantici *visto, visto, visto* con cui iniziano tanti verbali e accertamenti, che diventano per questo ineffabili, né veri né falsi, apparentemente in tema, e quindi immuni da critiche di colleghi, superiori e giudici. Non resta altro che una litania apparentemente in tema, ma priva di senso reale, che è comunque un elemento di forza quando proveniente da una autorità, perché da un lato il destinatario non può smentire quanto non com-

prende, e dall’altro fare appello all’insensatezza è difficile quando il discorso proviene da un’istituzione amministrativa ed è *apparentemente in tema*, benché sostanzialmente senza filo conduttore. Il discorso fumoso e incomprensibile è del resto, da sempre, uno strumento di esercizio del potere, che si sottrae a una critica nel merito e disorienta l’interlocutore, mantenendo i margini per aggiustare il tiro successivamente.

### **2.7. *Segue*: le contestazioni interpretative come palliativo all’incapacità valutativa degli uffici tributari dove le aziende non arrivano**

La mancanza di spiegazioni d’insieme sulla determinazione dei tributi porta la pubblica opinione a non comprendere l’evasione fiscale e, in mancanza di meglio, a utilizzare d’istinto le semplicistiche caratteristiche dell’onestà e della disonestà. La *lotta all’evasione* assume le forme e i contorni di una lotta ai disonesti, aprendo una lacerante contrapposizione tra chi è tassato attraverso le aziende e, in parole povere, il popolo delle partite IVA<sup>11</sup>. È senza dubbio vero che quest’ultimo tende a evadere più dei dipendenti, ma dobbiamo anche considerare che molto, in proporzione, viene comunque dichiarato rispetto al controllo colabrodo svolto dagli uffici tributari, portato anch’esso ad apparire meramente simbolico proprio dalla confusione sociale suddetta. Siccome milioni di lavoratori indipendenti sarebbero troppi come capri espiatori, il mito mediatico del *grande evasore* si scarica sulle aziende come

---

<sup>11</sup> Divario alimentato peraltro dalle medesime inconcludenti misure di *tax compliance*, sul tema ad es. Giuseppe Bottero, *Fisco, la bacchettata della Corte dei Conti: “Divario eccessivo tra dipendenti ed autonomi, norme contraddittorie sulla lotta all’evasione”*, <<la Stampa>>, 2 dicembre 2014.

organizzazioni, in termini di contestazioni sul regime del dichiarato e creando un circolo vizioso dove tutti, persino gli stessi eventuali *grandi evasori*, trovano vantaggi immediati, pur ricevendo la società nel suo complesso comunque gravi danni. La tendenza a considerare le grandi aziende come capro espiatorio delle schizofrenie sociali indotte dalla ricchezza non registrata si è tradotta in legge nel 2000, con l’obbligo di controllo annuale per le aziende con più di 50 milioni di euro di giro d’affari, attraverso il c.d. *tutoraggio fiscale*<sup>12</sup>. Tutti i governi, di destra, di sinistra e persino quelli tecnici, hanno adottato questa linea, perché anch’essi incapaci di distinguere la maggiore imposta accertata dalla ricchezza non registrata, ed è in questo modo che si è giunti a travisare un istituto esistente anche in altri paesi europei, che hanno invece giustamente abbandonato il concetto stesso di *verifica tributaria*, a favore di un monitoraggio stabile di credibilità economica. Da noi il *tutoraggio* è diventato al contrario una successione di *verifiche contabili*, dove neppure ci si pone il problema se possa esserci ricchezza eventualmente nascosta dal titolare dell’azienda scavalcandone le procedure amministrative. È proprio in questo caso che il *tutoraggio* avrebbe infatti anche una sua utilità, non tanto per il gettito recuperato, quanto come dissuasione da frodi che oggi emergono quasi solo per caso fortuito e per legittimare l’opportuno analogo monitoraggio sistematico dei lavoratori indipendenti e delle micro aziende senza rigidità amministrativa. Invece il controllo privilegia l’inquadramento giuridico della ricchezza registrata, cioè le *questioni di diritto*, risolvendosi nelle contestazioni interpretative già descritte. Il Fisco si dilunga sulle reinterpretazioni di circostanze dichiarate, o comunque palesi, riqualficandole in modo più oneroso. È vero che i controlli sui grandi contribuenti rappresentano il 2 % del

---

<sup>12</sup> Artt. 13 e 14 l. 23 dicembre 2000, n. 388.



totale, ma durano molto di più, e soprattutto non dissuadono i contribuenti dall’occultamento degli imponibili, spingendo anzi, se possibile, in questa direzione chi ne ha la possibilità. I funzionari del Fisco si catapultano sulle grandi aziende invece di cercare la ricchezza non registrata, avviando i controlli sui cd. *grandi contribuenti*, che vivono di vita propria perché occorre dar loro un senso, facendo *risultato di servizio*. Solo raramente si può chiudere una verifica senza rilievi, ed è per questo che crescono le solite forzate e capziose contestazioni interpretative, che poi si autoalimentano nelle successive fasi amministrative e contenziose, e magari anche penali-tributarie. Quest’atteggiamento è poi contagioso, portando anche sui contribuenti di dimensioni più piccole i controlli su questioni di diritto, che permettono di *esporsi di meno*. L’unica valenza di queste inutili contestazioni riguarda il lavoro professionale di assistenza e contenzioso, nonché di pareristica preventiva. Senza le assurde drammatizzazioni sul Fisco, queste questioni di inquadramento giuridico si risolverebbero infatti con pochi incontri, senza una defatigante e inutile - *parcelle a parte* - attività professionale.

### **2.8. Segue: il mito della *grande evasione* e dell’*evasore ladro*, alimentato dalla mancanza di comprensione dei meccanismi aziendali**

Sicuramente alla determinazione dei tributi attraverso le aziende può accompagnarsi una ricchezza non registrata, sempre attraverso l’azienda, a beneficio del relativo titolare, oppure, per società quotate o di proprietà statale, di manager spregiudicati, ma si tratta, a onor del vero, di una situazione piuttosto rara, dal momento che in genere l’interessato non ne ha bisogno, stando già ben al di sopra del livello

di sopravvivenza. È un fenomeno che, al contrario, può verificarsi maggiormente nella fase *fondativa* dell’organizzazione ad opera dello stesso ideatore, che potrebbe essere da un lato ancora relativamente povero e soprattutto, dall’altro, ancora leader indiscusso di una organizzazione da lui stesso creata. L’industriale di seconda o terza generazione è in genere già, invece, abbastanza benestante da non doversi sporcare le mani all’interno di un’organizzazione della quale ha ormai una minor padronanza, nascondendo materialmente ricchezza al Fisco. Sarebbe ormai di fronte a procedure amministrative aziendali che potrebbe scavalcare soltanto attraverso meccanismi complessi, che richiamano i cd. *management overriding*<sup>13</sup>, operanti peraltro nel suo stesso interesse. Inoltre, pur nella remota possibilità che ciò si verificasse, spesso non sarebbe esteriormente evidente come può esserlo per piccoli commercianti o artigiani, per questo non emergendo durante i controlli. Del resto, tutti quei casi, o almeno la maggior parte di essi, di ricchezza non registrata sono remoti nel tempo e quasi mai il risultato di specifiche indagini fiscali. Molto spesso vengono infatti alla luce incidentalmente da liti familiari, o come riflesso di indagini su reati di altro tipo, tra i quali corruzione e fallimento. Ed è per questo che la figura simbolica della *grande evasione*, pur essendo verosimile, non compare nemmeno nelle stime macroeconomiche del sommerso. In termini macroeconomici, il fenomeno è probabilmente modesto, trattandosi tutto sommato di pochi individui rispetto al totale degli operatori economici. Pur essendo probabilmente poco diffusa, e forse irrilevante sul piano del gettito, quest’evasione ha, però, una vasta portata simbolico-politica per le cifre che, si badi, individualmente può coinvolgere ed è creatrice di imbarazzo, avendo ad oggetto figure economicamente di rilievo e, già per questo, oggetto *ex se* di una certa invidia sociale. Anche il solo *sospetto*, infatti,

---

<sup>13</sup> Scavalcamiento delle procedure contabili da parte di dirigenti *infedeli*.

della disponibilità di una quota apprezzabile di ricchezza non registrata, da parte di chi è già visto come ricco, crea lacerazioni e recriminazioni, e non solo nell’animo di chi svolge un lavoro dipendente o non è affatto occupato, ma anche e soprattutto in quello dei lavoratori indipendenti, che rappresentano una cospicua parte della pubblica opinione posta ingiustamente, così, sotto accusa. Tutto ciò a causa di una tendenza politico-culturale, o meglio burocratico-sindacale, che arriva ad addebitare la crisi della macchina pubblica a una mancanza di fondi, addebitabile poi a sua volta a fantomatici evasori. Pensiamo ai dibattiti che si svolgono nei talk show, in cui spesso ci si diletta a immaginare cosa sarebbe mai possibile realizzare coi fantomatici fondi dell’evasione fiscale<sup>14</sup>. Sembra in realtà che si viva in un paese isolato, coi paraocchi, senza guardare all’esterno e così senza capire che anche un paese considerato modello, come la Germania, possiede un *tax gap* di poco inferiore al nostro, e che il problema potrebbe consistere magari nell’inefficienza dell’attività di richiesta delle imposte dove le aziende non arrivano, piuttosto che in una non meglio identificata perversione privata dei *cattivi evasori*. Senza considerare che essi, pur evadendo, dichiarano cifre tutto sommato apprezzabili, rispetto alla carenza di controllo del territorio da parte degli uffici tributari. Dall’altra parte i tartassati lamentano l’eccessiva pressione fiscale, dimenticando che, al netto degli interessi passivi sul debito, quella italiana è inferiore che in altri grandi Paesi sviluppati. Tutte queste recriminazioni sociali contribuiscono, in sostanza, a confondere ancor di più il discorso sulle aziende come organizzazioni, sulle quali viene invece trasferita l’idea dell’*evasore ladro* che, già in realtà sbagliata per il lavoratore indipendente, risulta poi addirittura grottesca per gruppi pluripersonali che pure, talvolta, si sono trovati

---

<sup>14</sup> Fisco, Greco: “Con i soldi di corruzione, evasione e riciclaggio tutti alle Maldive”, <<Il Fatto Quotidiano>>, 13 aprile 2015.

*in quanto tali* ad essere definiti addirittura *associazioni per delinquere*. Il verosimile mito sociale del *grande evasore* è quindi, da un certo punto di vista, uno sfogo della latente invidia sociale verso la ricchezza polarizzata sui titolari delle aziende, in quanto figura simbolica evanescente, che evoca grandi fortune nascoste in *paradisi fiscali*, privilegi relazionali, nautica di lusso, vacanze a Cortina, e analogo strumentario da servizio sensazionalistico di talk show politicamente corretti. Questi trasferiscono, in sostanza, in immagini suggestive invidie sociali e carenze formative economiche, profondamente radicate nella pubblica opinione, derivandone un’immagine profondamente negativa di parassiti sociali corrotti, che mettono al riparo le proprie fortune in luoghi paradisiaci a spese della collettività, in termini di tasse non pagate e maggiori imposte sui fantomatici cittadini onesti. Vedremo come in realtà i soldi *scovati* a Panama, tra gli altri, siano soltanto in una minima parte da addebitare all’evasione fiscale. Il lavoratore dipendente effettua un *transfer psicologico* sul proprietario dell’azienda, dando vita alle mitologie sulla *grande evasione*, quando molti della sua categoria non evadono semplicemente perché non ne hanno l’occasione. I comportamenti del piccolo commerciante vengono trasferiti, in scala maggiore, sull’industriale, la cui fabbrica viene messa sullo stesso piano della bottega, come se la Ferrero fosse un *grosso pasticciere*<sup>15</sup>, e in proporzione ritenuta fonte di lauti introiti nascosti al Fisco. Questa recriminazione sociale ricade sugli stessi piccoli commercianti e artigiani, che in realtà in proprio evadono molto considerandosi evasori *di sopravvivenza*, perché sentendosi in diritto/dovere di nascondere ricchezza al Fisco per concedersi una vacanza, una cena al ristorante con tutta la famiglia, una settimana bianca, un gioiello per la moglie, una macchina nuova e altri *status simbol*, e

---

<sup>15</sup> E. Melchiorre, *Il mito del <<grande evasore>>*, cit., p. 13.

non per garantirsi del cibo e un tetto sulla testa. Anche chi evade per garantirsi questi piccoli lussi risulta, di conseguenza, socialmente ostile a chi potrebbe avere la possibilità di evadere in proporzione. I miti però si evolvono con l’affinarsi della cultura popolare, che recepisce e trasfigura la produzione e la finanza, e nel mito entrano, come detto, i conti esteri e l’evasore che porta i soldi all’estero, scattando anche qui la mitologia di una cultura popolare che trasfigura e reinventa pezzi di realtà, immaginando gli esportatori di capitali di un tempo, senza rendersi conto che i fondi neri nascono in realtà già all’estero in contropartita, semmai, di costi gonfiati di aziende italiane.

### **2.9. *Segue: l’aumento della ricchezza non registrata come risultato dell’odierna lotta all’evasione***

Nascono preoccupanti isterismi collettivi nel momento in cui i lavoratori indipendenti, chiamati *ladri* perché, potremmo quasi dire fisiologicamente, non dichiarano al Fisco parte della ricchezza che si guadagnano, replicano rilevando quanti dipendenti, in maggioranza pubblici, non si guadagnino la ricchezza su cui pagano le tasse. Quando la pubblica opinione avverte l’inadeguatezza della risposta al problema da parte della macchina pubblica, nel nostro caso a proposito di determinazione valutativa della ricchezza dove le aziende non arrivano, l’enfasi comunicativa non solo rischia perdite di credibilità, ma c’è di peggio, perché l’eccesso di comunicazione si trasforma nel tentativo di risolvere a chiacchiere i problemi di bagaglio culturale e di intervento amministrativo suddetti. In quest’ultima prospettiva l’enfasi verbale della c.d. *lotta all’evasione* innesca un clima guerresco, in cui la confusione cresce

anche a causa dei continui *slogan* e si smette di ragionare. L’evasore entra così nel mito, diventa un nemico e viene strumentalizzato a fini politici, arrivando alla creazione di un fantomatico *partito degli evasori*, mentre le istituzioni finiscono in questo modo per distogliere l’attenzione dal problema reale, consistente nel controllo del territorio dove le organizzazioni contabili aziendali non arrivano, giungendo a effettuare semplicemente delle reinterpretaioni della realtà dichiarata che hanno portato a contestazioni interpretative semplicemente cospicue in termini di budget. È la quadratura del cerchio dove le istituzioni pubbliche, ostentando efficienza ed efficacia e assecondando l’immagine mediatica che tra la pubblica opinione si è ormai formata, da un lato sfruttano le organizzazioni aziendali come esattori del Fisco a costo zero per lo Stato e, dall’altro, le utilizzano poi di nuovo come destinatari dei controlli, col marchio imbarazzante di *Grandi Evasori*. È una grande operazione di mistificazione, pur non volontaria, ma che si autoproduce a seguito delle carenze formative sulla determinazione dei tributi. A questa spiegazione criminalistica, che non può essere diretta verso un intero popolo o verso milioni di persone perché sarebbe controproducente e *politicamente perdente*, si giunge a seguito della mancata comprensione della tassazione attraverso le aziende. E se la spiegazione deve essere un criminale, si è fatto in modo di farlo coincidere con un’organizzazione aziendale *impersonale*, attraverso una criminalizzazione perfezionata solo attraverso la metamorfosi ultima mediatica. Di conseguenza l’ambiente legale, amministrativo, burocratico e infine mediatico, in cui le aziende si trovano a operare, è progressivamente più ostile, fino all’espulsione o alla distruzione delle aziende per vie giudiziarie. Il risultato è un impoverimento generale, che porta a meno aziende, meno produzione e, in definitiva, minore occupazione. Non ci si rende conto infatti

che soprattutto in tempo di crisi, come riportato dal primo *Rapporto del contribuente* del 2015, le aziende più sfortunate ma oneste chiudano, anche perché oppresse dal Fisco, e debbano lasciare per strada decine, centinaia di lavoratori<sup>16</sup>. È facile pensare come una gran parte di questi ex dipendenti, trovatisi da un giorno all’altro con le mani in mano, tenti di aver fortuna inventando una propria attività, magari piccola, ricercando, almeno nelle fasi iniziali, più risorse per sé, e per essa, proprio nell’evasione da invisibilità al Fisco. Punzecchiando quindi in continuazione le aziende, soggetti normalmente più che mai onesti, per raggiungere scarsi risultati nell’aumento del gettito fiscale, si rischia di andare a creare una voragine proprio laddove è più difficile operare, anche se sarebbe più che opportuno intervenire, ovvero l’evasione che non passa attraverso le aziende, portando la ricchezza non registrata, che rappresentava il problema, ad essere invece la soluzione per molti.

#### **2.10. L’attività valutativa degli Uffici come elemento realmente necessario per una corretta e mirata determinazione della ricchezza non registrata**

Possiamo quindi affermare come, in materia tributaria, la pubblica opinione italiana si ritrovi *tra l’incudine e il martello*. Da una parte ci sono le divagazioni politico sociali sull’utilità dei tributi e sulla qualità della spesa pubblica, che non competono ai tributaristi come studiosi sociali, e dall’altra i tecnicismi professionali, destinati a una interlocuzione tecnica con avvocati o commercialisti, ma non ad una interlocuzione sociale con la classe dirigente e la pubblica opinione. Queste ultime restano quindi

---

<sup>16</sup> V. Gennaro Morra, *Fisco e imprese: un’azienda su due chiude dopo aver ricevuto una verifica fiscale*. Disponibile su <http://www.blastingnews.com>.

prive di una spiegazione sociale d'insieme della determinazione dei tributi e, per questo, non riescono a spiegarsi la tassazione attraverso le aziende e l'evasione. Naturalmente riescono a fare delle riflessioni sul tema, pur non riuscendo, in assenza di studiosi sociali dedicati, a organizzarle in modo adeguato, anche ovviamente a causa di una curva di attenzione modesta, dovuta ad una serie di altre priorità rispetto a questo tema. Sono contrapposizioni facilmente eliminabili attraverso la teoria della tassazione attraverso le aziende, con la comprensione sociale della necessità di un intervento valutativo degli Uffici tributari esattamente dove quelle contabili delle grandi organizzazioni non riescono ad arrivare. Sono proprio queste attività ad aver bisogno, come dire, di un *tutoraggio fiscale* di credibilità economica, sereno e diffuso sul territorio. Non servono in sostanza elucubrazioni normative o attività di intelligence, per valutare serenamente l'ordine di grandezza dei ricavi di piccole attività economiche in cui si trova la maggior parte della ricchezza non registrata. Invece, l'idea della *guerra*, della *lotta*, della *crociata* contro imprecisati disonesti finisce per bloccare tale circuito, prima di tutto perché il suo bilancio politico in termini di consenso sarebbe fallimentare. Il consenso perduto presso gli autonomi, benché meno numerosi, ma direttamente toccati, sarebbe infatti molto superiore a quello conquistato presso i dipendenti, indirettamente interessati e anche in buona parte capaci di valutare criticamente la situazione e i disservizi del settore pubblico. Nemmeno sui dipendenti, infatti, la teoria sindacal-burocratica, secondo cui il cattivo funzionamento della macchina pubblica dipende dai disonesti *evasori*, fa presa più di tanto. Nessun intervento amministrativo di determinazione dei tributi riuscirebbe ad essere adeguatamente sereno e sistematico, se impostato nei termini suddetti di *lotta contro i disonesti*, perché si alimenterebbero infatti timori di negligenze e corruzioni, in un clima di sospetto interno agli Uffici e nei confronti delle



loro controparti, con uno scaricabarile giurisdizionale, varie deresponsabilizzazioni e il solito *lei ha ragione, ma faccio ricorso*. Per questo l’intervento degli uffici tributari, sulle aree economiche dov’è in prevalenza allocata la ricchezza non registrata, è poco più che simbolico, senza essere avvertito sul territorio. Il mito dei *grandi evasori* spinge infatti i controlli verso i grandi contribuenti, cioè le aziende, da cui viene, come rilevato precedentemente, la maggior parte del gettito e che costituiscono l’ossatura del sistema, transitando al massimo, attraverso di essi, la ricchezza non registrata dal titolare, fenomeno raro e difficile da individuare, come rilevato precedentemente. È quindi normale e inevitabile che i controlli sulle aziende, nella scomoda veste di *grandi evasori*, si concentrino sulla riqualificazione di quanto già dichiarato, cioè sulle c.d. contestazioni interpretative. Pur rappresentando, come detto, il 2% del totale, i controlli sui grandi contribuenti coprono pressoché l’intera platea di questi soggetti, e assorbono molto personale in tematiche di puro diritto, avendo già sottolineato come quasi mai tali ispezioni abbiano trovato ricchezza non registrata. Si dimostra cioè l’inidoneità delle verifiche sulle aziende a dissuadere i proprietari da eventuali frodi. Anzi, questi ultimi si nascondono proprio dietro alle loro aziende che, subendo le contestazioni interpretative, fanno scudo alla potenziale ricchezza non registrata dai titolari. D’altra parte queste contestazioni rappresentano anche una sorta di rendita perpetua per i professionisti e per gli avvocati, compresi gli accademici che esercitano la professione, con la pubblica opinione e i mezzi di informazione che vedono così alimentati i loro miti. Questo tutoraggio all’italiana rappresenta esattamente l’inverso di quello che dovrebbe essere l’azione amministrativa per arrivare al contrario a una corretta determinazione dei tributi. Si tratta di una partita nell’immediato, senza alcun perdente, in cui tutti i giocatori tro-

vano una loro immediata convenienza indebolendo, come detto, proprio le organizzazioni aziendali, che si vedono ostacolate, e minando l'insediamento di organismi esteri, sempre più insofferenti a questi formalismi accertativi. È un circolo vizioso, in cui la carenza di formazione impedisce il controllo sociale delle istituzioni pubbliche e la cui paralisi si riflette sul sistema produttivo privato, e che può invertirsi solo nel quadro di una formazione sociale generale sull'era aziendale, inclusiva anche del ruolo tributario di queste organizzazioni. Con questa premessa culturale, le questioni su cui si collocano le contestazioni alle aziende si risolveranno da sole, in quello che possiamo definire un auspicabile rasserenamento culturale. Il primo passo, anziché in tante normettine sulla crescita, dovrebbe consistere nel riconoscimento del ruolo delle aziende come organizzazioni, anche in materia di determinazione dei tributi.

## CAPITOLO 3

# LE CONSEGUENZE DELLA CONFUSIONE SULLA DETERMINAZIONE DELLA RICCHEZZA, TRA I FALSI MITI DELL'UTILIZZABILITA' DELLE MISURE ANTIRICICLAGGIO A FINI FISCALI, DEI CONDONI E DELL'EVASIONE NEI PARADISI FISCALI

SOMMARIO: 3.1. La tendenza a piegare la normativa antiriciclaggio in funzione antievasione - 3.2. Segue: la relativa utilità del nuovo sistema di monitoraggio dei dati finanziari - 3.3. L'esigenza di coordinamento tra tassazione attraverso le aziende e l'attività valutativa degli uffici - 3.4. Segue: la relatività degli accertamenti bancari e il ruolo invece fondamentale delle stime per ordine di grandezza - 3.5. Segue: l'utilità degli studi di settore nell'attività valutativa degli uffici, da coordinare assolutamente alla tassazione attraverso le aziende - 3.6. Segue: l'importanza dell'intreccio degli studi di settore con il cd. redditometro ai fini della determinazione della ricchezza non registrata - 3.7. Segue: la necessità di una schedatura fiscale corroborata da un'indispensabile attività valutativa da parte degli uffici - 3.8. Il limite al contante, forse utile ai fini antiri-ciclaggio, inutile per le finalità antievasione e dannoso per chi è in regola - 3.9. Segue: Una tassazione disincentivante sull'uso del contante in chiave realmente antievasiva - 3.10. Segue: la natura di sanzione del prelievo sulle operazioni sopra soglia - 3.11. Segue: l'importanza di un attento prelievo sul contante e della sua interse-zione con ulteriori strumenti, ai fini della determinazione della ricchezza - 3.12. Il disallineamento tra riciclaggio ed evasione e necessità di un pacchetto di misure antievasive appropriate - 3.13. Lo scandalo dei Panama Papers, tra autoriciclaggio, riciclaggio ed evasione fiscale - 3.14. Segue: l'evasione fiscale portata avanti grazie ai *Paradisi Fiscali* e alle società *offshore* - 3.15. Segue: l'erronea convinzione che a Panama vi fossero soldi derivanti da evasione fiscale - 3.16. Il continuo ricorso ai condoni come ulteriore risultato della confusione in tema di *determinazione della ricchezza* - 3.17. Segue: la *voluntary disclosure*, pur diversa dai precedenti condoni, comunque frutto del *caos* in materia fiscale

### **3.1. La tendenza a piegare la normativa antiriciclaggio in funzione antievasione**

Non si può, attraverso la normativa che ruota attorno al riciclaggio, coinvolgere banche e assicurazioni nel controllo del pagamento delle imposte. Se un pasticcere sposta dei fondi da una banca all'altra, la banca destinataria non può farsi esibire la

dichiarazione dei redditi; se si compra una casa, non si può chiedere solo per questo dove si sono presi i soldi, perché il riciclaggio è legato, come è giusto che sia, alla segnalazione di fenomeni di *criminalità* e *terrorismo*. Per fare un altro esempio, se il cliente della banca è un notaio, questa non può chiedergli la dichiarazione dei redditi, con la paura magari di poter risultare anch'essa colpevole di riciclaggio. Se un elettrauto versa in contanti, la sua natura di elettrauto può certamente far sospettare che dietro ci sia riciclaggio di soldi derivante da un'attività mafiosa, ma in sé, in prima battuta, l'attività di elettrauto o quella legata ai distributori automatici di bibite giustificano il versamento in contanti. Alla macchinetta non è possibile fare bonifici. L'attività svolta, in sostanza, non rappresenta altro che la giustificazione di soldi in contanti che altrimenti potrebbero essere frutto di reato. La disciplina riguardante l'attività dell'Unità d'Informazione Finanziaria è senza dubbio positiva per contrastare la criminalità, ed è quindi un bene che ci sia, pur non potendo essere distorta per l'esercizio di una funzione amministrativo – tributaria, che è tutt'altra cosa. Con la normativa sul riciclaggio e sull'autoriciclaggio si vuole provare a utilizzare il sistema repressivo della criminalità mafiosa e terroristica, che è sicuramente importante e utile per i suoi propri fini, per una funzione di polizia amministrativa. Questi controlli non devono incominciare in banca, ma in *strada*, dalla pasticceria al negozio del gommista<sup>1</sup>. Le indagini bancarie non possono essere concepite come una ricostruzione contabile dei ricavi di 4 milioni di lavoratori indipendenti, ottenuta tramite il lavoro di 20mila funzionari, ovvero il massimo disponibile sul campo tra Agenzia delle Entrate e Guardia di finanza in questo campo. I dati bancari non possono essere gestiti in modo ragionieristico, ma vanno usati in modo presuntivo,

---

<sup>1</sup> Così R. Lupi, *Monitoraggio delle movimentazioni: aiuta ma non basta*, in <<Guida ai controlli fiscali>>, 2013, 5, p. 6.

perché la ricchezza fiscalmente non registrata deve essere stimata per *ordine di grandezza*. Solo così il controllo potrà essere sistematico, e la sua incidenza reale effettiva, contribuendo con la *sostanza* all'effetto di annuncio della normativa.

### **3.2. Segue: la *relativa* utilità del nuovo sistema di monitoraggio dei dati finanziari**

Il vero limite dell'Amministrazione finanziaria non consiste tanto, come si potrebbe ritenere, nella mancanza di informazioni, quanto piuttosto nella difficoltà ad utilizzarle in quella maniera sufficientemente sistematica da indurre i contribuenti a rivelare quote maggiori di ricchezza non determinata, e spesso tassata, attraverso le organizzazioni aziendali, che sono i veri grandi esattori del sistema. Per molto tempo, più che degli ostacoli formali all'utilizzazione dei dati bancari c'è stata infatti la mancanza di informazioni sostanziali sulle banche ove i contribuenti intrattenevano i conti, con grottesche richieste del Fisco a tutte le banche italiane per sapere se per caso un certo signore intrattenesse conti con alcune di esse. Una parte del problema risiede nel fatto che ancora oggi si scrive molto a proposito delle disposizioni legislative, e spesso anche delle proposte che le precedono, commentandone solo successivamente i risultati e i significati. Si rischia in questo modo di perdere, in un tale bombardamento informativo, i caratteri salienti degli istituti, i veri cambiamenti rispetto al passato, nonché la sostanza delle stesse innovazioni. Pensiamo ad esempio al numero di volte in cui è caduto il segreto bancario, a cominciare dal 1991<sup>2</sup>, per continuare con una sentenza del 1992<sup>3</sup> che andava nel senso di una sua

---

<sup>2</sup> Con la l. 30 dicembre 1991, n. 413.

<sup>3</sup> Corte Cost. 18 febbraio 1992, n. 51.

illegittimità costituzionale, e considerando anche che gli estratti conto bancari, reperiti presso il contribuente, venivano già ampiamente utilizzati prima della formale abolizione del medesimo segreto. Si capisce quindi come quest'ultimo si sia rivelato un travestimento del vero ostacolo all'Amministrazione finanziaria, che invece consiste, come abbiamo detto, in un errato utilizzo delle informazioni. Si è passati poi all'Anagrafe dei conti, che avrebbe dovuto dare una mano a conoscere gli intestatari dei rapporti finanziari senza questi defatiganti passaggi procedurali. Ci sono voluti decenni per realizzarla, e prima ancora di una sua utilizzazione pratica a tappeto si è voluto normativamente integrarla con l'Anagrafe delle movimentazioni complessive dei conti, consistente non tanto in una acquisizione online degli estratti analitici dei conti bancari, ma in una comunicazione dei totali delle somme transitate sul conto nel periodo annuale di riferimento. Anche le movimentazioni complessive del conto diventano quindi una possibile fonte di innesco dei controlli fiscali, passando attraverso una scrematura da parte degli uffici centrali dell'Agenzia delle Entrate, che li utilizzeranno per una selezione dei *soggetti a rischio*. È una manovra provvista di una sua utilità, e su cui non dovrebbero sussistere problemi di privacy<sup>4</sup>. Gli accessi all'Anagrafe sono infatti ristretti a livello centrale, ed anche quelli periferici, quando il contribuente è stato scelto, sono presidiati da tali e tanti monitoraggi delle password personali che il sospetto di abuso sembra essere assolutamente fuori luogo, potendo ben ritenere quello della privacy un diversivo, se non un aspetto di quel diluvio burocratico che, anche in nome della *lotta all'evasione*, ostacola fortemente la crescita, salvo poi essere disturbati all'ora di pranzo al telefono da operatori di call

---

<sup>4</sup> Così R. Lupi, *Monitoraggio delle movimentazioni*, cit., p. 6.

center che vogliono vendere di tutto. L'Archivio dei rapporti finanziari<sup>5</sup>, dando impulso all'utilizzo dei dati di natura finanziaria in sede di accertamento in materia di imposte dirette e di IVA, fornisce oggi, alla funzione di contrasto all'evasione, uno strumento di straordinaria efficacia che può incidere notevolmente sulla sfera privata dei contribuenti, se si considera che la consultazione dei conti si inserisce in una fase di selezione precedente al controllo, e che risulta quindi essere priva di tutte quelle tipiche garanzie procedurali degli accertamenti bancari. Lo strumento di monitoraggio selettivo dei dati finanziari è destinato ad avere un forte impatto anche sul sistema antiriciclaggio. Non solo UIF, DIA e Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza vedranno notevolmente accresciuto il patrimonio conoscitivo dei dati finanziari, ma anche e a maggior ragione l'Agenzia delle entrate che, in ragione di ciò, potrebbe affiancarsi, se non sovrapporsi, tramite lo svolgimento di un'attività appunto antiriciclaggio, all'operazione di prevenzione svolta da tutto l'universo degli intermediari finanziari. L'istituzione dell'archivio dei rapporti finanziari, quale apposita sezione dell'Anagrafe tributaria, ha rappresentato in sostanza un notevole potenziamento degli strumenti di indagine a disposizione dell'Amministrazione tributaria, dal momento che attraverso lo stesso è possibile l'immediata rilevazione degli operatori finanziari presso i quali il soggetto sottoposto ad accertamenti o indagini intrattiene rapporti ed esegue operazioni, anche mediante delega conferita a ovvero ricevuta da terzi. Allo scopo infatti di rendere più efficace l'azione di contrasto all'evasione fiscale, dal 1° gennaio 2012 gli operatori finanziari sono obbligati a comunicare periodicamente all'Anagrafe tributaria le movimentazioni che abbiano interessato i rapporti continuativi, la cui esistenza era già oggetto di comu-

---

<sup>5</sup> Art. 11 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201.

nicazione, nonché ogni altra informazione riferita a questi rapporti che fosse necessaria ai fini dei controlli fiscali. Deve essere altresì comunicato periodicamente l'importo delle operazioni finanziarie effettuate al di fuori del rapporto continuativo, ovvero le cd. *operazioni fuori conto*<sup>6</sup>, tra cui una richiesta per contanti di assegni e bonifici o un cambio di valuta e assegni, per cui è da tempo previsto che vengano trasmessi i dati anagrafici dei titolari e dei soggetti che le effettuano. I dati e le notizie che così pervengono sono raccolti, ordinati e archiviati su scala nazionale nell'apposita sezione denominata, appunto, archivio dei rapporti finanziari. In estrema sintesi, il decreto *salva Italia* ha provveduto a dare un altro impulso all'utilizzo dei dati di natura finanziaria in sede di accertamento in materia di imposte dirette e di IVA. La relazione di accompagnamento al decreto aveva peraltro evidenziato come la *ratio* della norma fosse quella di superare la situazione di allora, che vedeva l'Amministrazione finanziaria costretta ad acquisire la movimentazione dei dati finanziari solo ad attività di controllo già avviata, e di fornire, quindi, alla funzione di contrasto all'evasione uno strumento di straordinaria efficacia. Le informazioni di dettaglio sul contenuto del rapporto finanziario continueranno, invece, ad essere acquisite e trattate secondo le ordinarie procedure. In considerazione della qualità e quantità dei dati da comunicare da parte degli operatori finanziari, l'Agenzia delle entrate, in linea con quanto indicato dall'autorità Garante per la protezione dei dati personali, ha realizzato una nuova infrastruttura informatica, denominata *SID*, acronimo di Sistema di Interscambio Dati e ufficialmente operativo dal 2013, che contempla l'interconnessione cd. *application to application* tra sistemi informativi, oltre ad adeguate misure di sicurezza tecnica e organizzativa per la raccolta, trasmissione e con-

---

<sup>6</sup> Art. 11 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201.



servazione dei dati, agendo in modalità totalmente automatizzata. Tutte queste misure, pur rappresentando un importante elemento innovativo, non rappresentano tuttavia il reale problema della ricchezza non registrata, dal momento che i controlli effettuabili tramite gli stessi sono comunque irrilevanti, rispetto alle manifestazioni di ricchezza dove le aziende non arrivano.

### **3.3. L'esigenza di coordinamento tra tassazione attraverso le aziende e attività valutativa degli uffici**

Il controllo del territorio da parte del Fisco sui 300 miliardi circa di sommerso, che costituiscono circa il 17% del Pil<sup>7</sup>, appare talmente insufficiente che potremmo definire il livello della ricchezza dichiarata addirittura miracoloso, certamente il frutto, come abbiamo già avuto modo di dire, dell'ottima pressione mediatica esercitata dalle istituzioni. La propaganda è importante, ma anche la presenza effettiva sul territorio degli uffici tributari ne fa parte, in un circolo virtuoso, tra contenuti e comunicazione, tipico delle scienze sociali. Se l'ufficio tributario si fa vedere, presidiando il territorio, valutando pragmaticamente la ricchezza dove le aziende non arrivano, il potere appare effettivo, diligente, capace di guadagnarsi credito con l'autorevolezza della propria azione. Se si visitano venti contribuenti su cento, probabilmente gli altri pagheranno spontaneamente cifre ragionevoli, senza quindi che si controllino tutti, ma dovendo essere piuttosto il controllo *avvertito* e riferirsi alla vera pa-

---

<sup>7</sup> R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 78.

tologia del sistema, ovvero la ricchezza non registrata. L'*autodeterminazione dei tributi* viene sostenuta solo da un intervento degli uffici sufficientemente sistematico da far percepire, in caso di omissione, una elevata probabilità di una richiesta dell'ufficio tributario, assistita da sanzione. Per essere tale, quest'intervento, lungi dal ripercorrere le modalità contabili delle aziende, deve essere *valutativo*, secondo la tradizione storica della tassazione<sup>8</sup>. Sfruttare le procedure aziendali per determinare la ricchezza ai fini tributari è facile e opportuno finché queste procedure esistono, senza però poterle creare ai fini tributari in contesti dove non ce n'è necessità, dovendo riprendere quota la tradizionale tassazione valutativa, ad opera del pubblico potere. Queste valutazioni per ordine di grandezza, sistematiche, ancorché non effettuate su ogni contribuente, non solo avrebbero dovuto riprendere quota dove la tassazione non poteva essere delegata alle aziende o dove la loro funzione andava in qualche modo integrata, ma anzi, rispetto al passato, addirittura perfezionate, rese ancora più precise per non sfigurare troppo rispetto alla determinazione contabile tramite le aziende. Purtroppo ci si è invece adagiati sul cospicuo gettito ottenibile attraverso la determinazione ragionieristica della ricchezza da parte delle aziende, senza coordinarla con la tradizionale determinazione valutativa degli uffici, che abbiamo visto essere tipica dei secoli passati. Il coordinamento è stato svolto con forzati tentativi di portare la contabilità dove le aziende mancavano<sup>9</sup>, a partire dall'imposizione di documenti e libri contabili ad aziende unipersonali, costringendole ad utilizzare commercialisti nella superflua posizione di *direttori amministrativi esterni* di una pasticceria o di una gioielleria, loro del tutto sconosciuta fisicamente. La cultura della stima e della valutazione per ordine di grandezza era anche quella

---

<sup>8</sup> R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 127 e Pietro Boria, *Il sistema tributario*, Trento, Utet, 2008.

<sup>9</sup> Art. 17 l. 2 dicembre 1975, n. 576.

della responsabilità amministrativa degli uffici e del contraddittorio procedimentale condiviso, giungendo ad una stima di reciproca soddisfazione. La determinazione della ricchezza non registrata è questione *empirica*, non guidata dall'applicazione di un qualche articolo di legge, essendo una questione *di fatto valutativo*, dove gli uffici devono *mettere la faccia* senza limitarsi al riferimento ad articoli di legge. Del resto, le imposte si chiamano così perché, se qualcuno non le impone, nessuno le paga. Per *imporre le imposte* occorre qualcuno che si presenti, stimi la ricchezza e la richieda. La storia, oltre che il buonsenso, ci insegna come non si possa *tassare per legge*, risultando necessario un apparato amministrativo che sia presente con una certa sistematicità su una quota significativa dei contribuenti. Proprio a questo scopo, oggi, vengono utilizzate le organizzazioni aziendali. È il medesimo gettito tributario italiano a farci capire come esso giunga prevalentemente attraverso le rigidità amministrativo - contabili delle organizzazioni aziendali di una certa dimensione, e in particolare delle prime 4.000 in ordine di fatturato, che ne forniscono quasi il 70%<sup>10</sup>. La percentuale cresce se aggiungiamo le *aziende di erogazione pubbliche*, a partire dagli enti locali e dallo Stato. Tutto ciò trova spiegazione nel fatto che *attraverso le aziende* vengono tassati consumi, risparmi e redditi di altri soggetti che con esse entrino in contatto, con una tassazione esternalizzata sulle medesime, come *moderni esattori*, e che *segue* le procedure contabili e documentali della ragioneria, su cui si inserisce il Fisco, in una sorta di *esternalità positiva* della gestione aziendale. In questo modo riusciamo a capire anche i motivi dell'evasione fiscale dove le aziende non arrivano, specialmente nel lavoro indipendente al consumo fi-

---

<sup>10</sup> R. Lupi, *Fiscalisti d'azienda: i veri esattori siamo noi*. Disponibile su <http://www.giustiziafiscale.com>.

nale cui, nelle forme del *lavoro nero* o non sufficientemente remunerato si riferiscono, infatti, i 120 miliardi di imposte evase stimati, o meglio sottostimati, dall'Istat.

#### **3.4. *Segue*: la relatività degli accertamenti bancari e il ruolo invece fondamentale delle stime per ordine di grandezza**

L'accertamento in banca non è peraltro una panacea, poiché non tutto passa sui conti correnti e la tracciabilità non può avere gli stessi effetti miracolistici della contabilità aziendale. Il pagamento può avvenire tramite assegni, bonifici, carte di debito prepagate, carte di credito, ed i proventi sono indirizzabili sui conti più disparati, e sui quali è possibile far transitare versamenti, prelevare per poi rapidamente chiudere i conti, oppure intestarli a familiari o prestanome, ovvero ancora collocarli all'estero, con un numero di contribuenti coinvolti, a ciascuno dei quali corrisponderebbero innumerevoli operazioni da controllare e interpretare, elevatissimo, con una impossibile sistematicità degli interventi del Fisco. Questa difficoltà ha condotto nel tempo a presunzioni legali vessatorie, secondo cui tutti i versamenti e i prelevamenti non spiegati dal contribuente si considerano come ricavi o compensi evasi<sup>11</sup>, secondo una disposizione per molti versi irrazionale, soprattutto per la contraddittoria rilevanza reddituale dei prelevamenti, che asseconda la solita deresponsabilizzata tendenza degli uffici a non valutare, lasciando che il contribuente si tragga difficilmente d'impaccio nello sbrigativo processo tributario. È poi la consapevolezza

---

<sup>11</sup> Art. 51 D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e art. 32 n.2 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

umana, da parte dei funzionari degli uffici, del carattere vessatorio di questa normativa, a dissuaderli spesso, e anche giustamente, dall'effettuare tali indagini, dando vita a un caso in cui il rigore normativo e una legislazione assurda diventano addirittura controproducenti. Gli evasori si sono fatti furbi, usando i depositi dei familiari o incassando gli assegni dopo una lunga serie di girate, ed è oramai difficile ricostruire tutti i passaggi, anche considerando i tempi abbastanza lunghi dell'accertamento bancario. Si finisce soltanto per spaventare il contribuente, che sarà indotto a dichiarare sul prossimo 740 un po' di più dell'anno precedente. I dati bancari non possono essere utilizzati in modo presuntivo, dal momento che la ricchezza fiscalmente non registrata deve essere stimata, ribadiamolo, essenzialmente per ordine di grandezza. Il funzionario dell'Agenzia delle entrate, se fosse distaccato sul territorio, controllerebbe meglio il territorio, senza bisogno di chiedere alla banca i saldi o i movimenti di chi sia sospettato di evasione<sup>12</sup>. Non esiste una *perversione privata* dell'evasore, è lo Stato che non sa fare bene il suo mestiere<sup>13</sup>, nonostante i conti fiscali glieli facciano le banche e le società quotate o organizzate, provenendo infatti da lì, come abbiamo avuto già modo di dire, la gran parte dei 400 miliardi di gettito tributario. Se bisogna andarli poi a chiedere all'albergatore di turno risulta, in sostanza, tutto più complicato. Il controllo degli uffici tributari sul lavoro indipendente verso consumatori finali va dal piccolo commercio all'artigianato, attività in grado di omettere la registrazione delle componenti attive, togliendo ricchezza *da sopra*<sup>14</sup>; questo comportamento, molto più facile per le note flessibilità gestionali, rende poco convenienti costi fittizi, fiscalmente più visibili e quindi rischiosi. Neppure sono

---

<sup>12</sup> Nando Santonastaso, *Lupi: mancano i controlli sul territorio. La lotta agli evasori non si fa in banca*, <<il Mattino>>, 27 marzo 2013.

<sup>13</sup> In tal senso R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 263.

<sup>14</sup> R. Lupi, *La tranquillità del Grande Evasore*, in «I grandi evasori»: *dov'è nascosta la ricchezza nelle organizzazioni aziendali?*, a cura di Leda Rita Corrado e R. Lupi, in *Dialoghi Tributarî*, 2012, 2, p. 136.

rilevanti, ai fini del controllo, i regimi giuridici del dichiarato, che possono limitarsi a deduzioni di spese personali sull'inerenza. Sono soggetti che non hanno certo una contabilità occulta da scoprire, ma al massimo qualche promemoria dei crediti da riscuotere e dei debiti da pagare, distrutto non appena gli incassi e i pagamenti sono avvenuti. Parliamo della solita differenza tra aziende e lavoratori indipendenti, per i quali l'unica visibilità della ricchezza è quella materiale, economica e stimabile di conseguenza soltanto per ordine di grandezza dagli uffici tributari ed in base, quindi, alle caratteristiche materiali ed economiche dell'attività svolta. Per le attività indipendenti con caratteristiche stabili nel tempo, esiste però una certa facilità di determinazione valutativa della ricchezza, stimandola per ordine di grandezza in base a nozioni di esperienza comune. La ricchezza non registrata in queste attività deriva essenzialmente, come detto, da incassi occultati, e individuare specificamente le singole omissioni è possibile solo in casi particolari, specialmente quelli di rilevante importo, come l'edilizia o la nautica da diporto. Per attività diffuse, piccole e tradizionali, è facile stimare la credibilità del giro d'affari in base a parametri presuntivi, quali l'ubicazione, la continuità e l'intensità dell'impegno del titolare e degli eventuali collaboratori, i beni strumentali, i consumi di materie prime o i margini di guadagno sulle merci rivendute. Alcuni di questi indizi riguardano tutti, mentre altri si addicono al contrario a specifiche attività, in cui esistono correlazioni stabili tra alcuni fattori produttivi e i ricavi. Le stime presuntive dei ricavi possono basarsi su vari ragionamenti indiretti, a seconda della loro persuasività economica e della loro credibilità nel caso concreto. Pensiamo alla possibilità di stimare un ordine di grandezza dei ricavi partendo dalla moltiplicazione di un ordine di grandezza di operazioni che il contribuente non possa negare di aver realizzato, perché corrispondenti alle caratteristiche esteriori della sua attività, con le tariffe grossomodo praticate. Ci sono

poi indizi valutativi per varie tipologie di attività, dal consumo di energia per un parrucchiere agli acquisti di scarpe di un rivenditore di calzature. Per i rivenditori di merci al dettaglio, il rapporto tra prezzo al pubblico e prezzo di acquisto, denominato *percentuale di ricarico rispetto al costo*, è una presunzione abbastanza frequente, che applicata poi ai costi di acquisto dovrebbe portare a un ordine di grandezza dei ricavi, considerando i diversi margini di ricarico per le varie merci, le liquidazioni, le stagionalità, i deperimenti e altro ancora. Quando la percentuale di ricarico è bassa, e le merci sono numerose, la rivendita in nero di una modesta quantità di merci acquistate in bianco, e dedotte, può essere difficile da dimostrare in modo convincente da parte dell'ufficio tributario, in un contesto in cui una quota, anche piccola, di ricavi non registrati può invece essere molto rilevante rispetto al reddito. Per le imprese di servizi, come albergatori, baristi, autoriparatori e parrucchieri, si può utilizzare anche un consumo correlato alle prestazioni rese, come per il consumo di farina per una pizzeria o di energia elettrica per una lavanderia. La difficoltà aumenta ulteriormente nel caso di attività senza una sede fissa, o di cui comunque non sono certe la continuità nel tempo e l'intensità dell'impegno del titolare, come nel caso di chi consegna merci a domicilio senza avere un deposito visibile, o ai professionisti che lavorano presso i clienti, spesso anche qui a domicilio. In tutti questi casi, nel tempo ha senso anche l'utilizzazione, in supporto, del *tenore di vita*<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. Simone Covino, *Il tenore di vita come indizio di ricchezza non registrata: il nuovo redditometro e lo spesometro*, <<Diritto tributario italiano>>, 2013, 3.

### **3.5. *Segue: l'utilità degli studi di settore nell'attività valutativa degli uffici, da coordinare assolutamente con la tassazione attraverso le aziende***

Queste determinazioni presuntivo-valutative andrebbero coordinate con la precisione ragionieristica della tassazione attraverso le aziende, facendo accettare socialmente l'apparente sfasamento rispetto alla determinazione ragionieristica del reddito di un impiegato o di un operaio. È in questo modo che si giunge alle *ragionierizzazioni* delle stime tramite gli *studi di settore*<sup>16</sup>, che ripercorrono, formalizzandole numericamente e irrigidendole in formule prestabilite, le già indicate stime dei ricavi in base alle suddette caratteristiche economico-strutturali dell'attività. Le stime personalizzate per ordine di grandezza sono state però cristallizzate in correlazioni numerico-statistiche che individuano, per ciascuna attività commerciale e di servizi con ricavi inferiori a una certa soglia, una serie di caratteristiche economico strutturali in base alle quali presumere le operazioni attive ovvero i ricavi, ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA, secondo automatismi in cui, inserendo una serie di dati, tra cui ubicazione, attività, addetti, costi e attrezzature, emerge un intervallo di confidenza in cui collocare i ricavi. In questa *ragionierizzazione delle stime tramite gli studi*, ciascun elemento indiziante porta ad un ricavo presunto, e tra tutti i ricavi presunti occorrerebbe calcolare un *ricavo medio*, tenendo conto della più intensa portata indiziante di alcuni parametri nel caso di specie, pur non essendovi traccia di come gli *studi*, nelle loro formalizzazioni numerico-esoteriche, risolvano il problema<sup>17</sup>. Fino all'assurdo che, aggiungendo un certo ammontare di acquisti ad una azienda con

---

<sup>16</sup> Istituiti con d.l. 30 agosto 1993, n. 331.

<sup>17</sup> V. E. Melchiorre, R. Lupi, *Redditometro e studi di settore: un difficile coordinamento tra tassazione "alla produzione" e "al consumo"*. Disponibile su <http://www.fondazionestuditributari.com>.



elevata percentuale di ricarico, secondo gli studi i ricavi aumentano di poco più che i maggiori costi inseriti nel modello. Vengono elaborati concetti economico statistici estranei alla cultura sia degli uomini di legge sia degli uomini di azienda, che comprendono anche espressioni apparentemente normali ma colorate in qualche modo di strano esoterismo, ad esempio per indicare *soggetti congrui, ma non coerenti*<sup>18</sup>. Questa estraneità degli *studi* alla determinazione tributaristica della ricchezza emerge anche dal perfezionismo asettico dei raggruppamenti delle attività rispetto agli indizi personalizzati di incassi non registrati, come le dimensioni, la clientela privata o aziendale, la valutabilità empirica della credibilità del dichiarato. I ricavi accertabili in base agli *studi* paiono spesso assai modesti, rispetto a quanto presumibile in base alle caratteristiche concrete dell'attività, soprattutto a causa della tendenza a tenersi bassi, essendo politicamente più tollerabile un errore per difetto di uno per eccesso. Ecco spiegata la diffidenza avvocatesco-ragionieristica verso gli *studi*, che appaiono come un misterioso rito economico-statistico, tanto da essere spesso valutati partendo dalla fine, cioè chiedendosi se il risultato dello studio appaia più o meno credibile delle cifre dichiarate, a prescindere dalla metodologia sottostante. In genere, se i ricavi dichiarati sono bassi, e dagli studi emerge un importo più verosimile, questo è sufficiente a preferirlo, anche senza razionalizzare il criterio di determinazione. La logica estimativo-formale degli studi va coordinata anche con quella analitica degli scontrini, delle altre certificazioni dei corrispettivi, delle altre segnalazioni, delle indagini bancarie ed annesse presunzioni di rilevanza fiscale di versamenti e prelevamenti e con le limitazioni all'uso del contante, pensate in chiave antiriciclaggio ma con un palese secondo fine antievasivo, che pure rischiano, come

---

<sup>18</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 374 e *Compendio*, cit., p. 138, e cfr. *Come superare gli studi di settore per essere congruo e coerente*. Disponibile su <http://www.tasse-fisco.com>.

più avanti vedremo, di agevolare l'evasione invece che contrastarla. Anche l'applicazione degli *studi* ad attività, come le costruzioni edilizie, in cui i beni ceduti non possono essere nascosti, così come verso chi non lavora al consumo finale, ma opera verso aziende o enti pubblici, magari anche assoggettato a ritenuta, appare priva di senso economico. Sono questi infatti casi in cui i pagamenti in nero risultano semplicemente inverosimili, mentre la trascuratezza culturale nei confronti della determinazione della ricchezza conduce a una grossolana presunzione di evasione per chiunque abbia ricavi inferiori a una certa cifra, indipendentemente dalla possibilità di ricchezza non registrata. Possono esserci, ad esempio, anche aziende relativamente piccole, ma con un alto valore aggiunto, magari appartenenti a gruppi multinazionali rigidamente organizzati, o a enti pubblici, teoricamente soggette agli studi di settore senza avere margini per occultare corrispettivi. L'utilizzo degli studi di settore risulta complesso soprattutto per il lavoro intellettuale<sup>19</sup>, e in particolar modo con riferimento alle libere professioni, come quella dell'avvocato o del chirurgo, dove la prestazione è meno fungibile di quella di un tassista o di un parrucchiere, ed è per questo che l'applicazione degli studi ai professionisti, pur dettata da esigenze di uniformità politico-comunicazionale, deve fare i conti con la minore omogeneità delle relative prestazioni e soprattutto con la possibile diversa intensità lavorativa<sup>20</sup>. Pur essendoci chi attacca gli *studi*, ritenendoli troppo favorevoli ai contribuenti<sup>21</sup>, occorre tuttavia rilevare che questi possono velocizzare e rendere realmente sistematica una valutazione amministrativa personalizzata della ricchezza, pur essendovi tuttavia anche il rischio che soggetti con ricavi superiori a quelli da essi risultanti, ma

---

<sup>19</sup> V. Simone Spetia, *Critiche agli studi di settore*, <<Nove in punto>>. Disponibile su <http://www.radio24.ilsole24ore.com>.

<sup>20</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 377 e *Compendio*, cit., p. 139.

<sup>21</sup> ID., *Diritto Amministrativo*, cit., p. 377 e *Compendio*, cit., p. 139.

con una certa visibilità contabile, ad esempio per la documentazione richiesta dai clienti, tendano ad appiattirsi sugli stessi. Gli *studi* neppure riescono a valorizzare i frequentissimi squilibri in cui magari il soggetto risulti congruo, ma stranamente le sue fatture siano emesse in prevalenza verso clienti che potevano *scaricare*. Da ciò deriva la tendenza frequente a mostrarsi *coerenti*, basandosi sui ricavi necessari a coprire i costi, molti dei quali sono però esclusi da IVA, come avviene ad esempio per il lavoro dipendente o anche per le locazioni. Dato che i ricavi sono soggetti a tributo, c'è la tendenza a registrare soprattutto le prestazioni verso clienti, per così dire, operatori economici, che detraggono l'IVA e deducono i costi, tendenza di cui negli studi non c'è traccia<sup>22</sup>, dal momento che tale strumento non prende in considerazione la tassazione attraverso le aziende, cercando banalmente di mummificare in un *marchingegno parametrico* le valutazioni che dovrebbero caratterizzare la tassazione attraverso gli uffici<sup>23</sup>.

### **3.6. Segue: l'importanza dell'intreccio degli studi di settore con il cd. redditometro ai fini della determinazione della ricchezza non registrata**

Oggi come oggi l'adeguamento agli studi di settore è sollecitato soprattutto dai commercialisti, che in questo modo si cautelano rispetto a future lamentele dei clienti nel caso, seppur remoto, di controllo. Possiamo quindi parlare di *tassazione attraverso i professionisti*, riconoscendone comunque una relativa utilità ma non una piena risolutezza, nell'attesa di un affinamento graduale della sensibilità valutativa

---

<sup>22</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 376.

<sup>23</sup> ID., *Compendio*, cit., p. 139.

degli uffici e dell'ambiente tributaristico in generale. Gli *studi* garantiscono un primo livello di credibilità e sono adatti per una prima richiesta adeguatamente sistematica, cioè diffusa, con istruttoria snella, e senza pregiudizio per ulteriori stime personalizzate, dato che nessuno registrerebbe ricchezza che non possiede solo per essere *congruo* e *coerente* con gli studi di settore. Dopo aver quindi profittato della suddetta tassazione attraverso i commercialisti, si potrebbe svolgere il controllo valutativo del territorio da parte degli uffici, di credibilità esteriore, tra quanto dichiarato e le caratteristiche dell'attività, in un passaggio molto rapido, di prevenzione – monitoraggio senza analisi ragionieristiche, da svolgere in modo sistematico e che si trasformerebbe in una attività accertativo – repressiva solo per le posizioni più spregiudicate. L'obiettivo dovrebbe essere una corretta rappresentazione delle attività, e una iniziale personalizzazione degli studi di settore. L'area di *franchigia fiscale* connessa alla difficoltà di determinazione dei redditi di queste categorie sarebbe finalmente gestita in modo valutativo e non scaramanticamente ignorata, dando vita a un vero tutoraggio fiscale amministrativo, in cui va inquadrata anche l'utilizzazione della spesa personale, rilevante ai fini del *redditometro*<sup>24</sup>, e di cui andiamo a parlare. Abbiamo finora trattato in prevalenza di determinazione della ricchezza alla produzione, quale metodo certamente più efficiente nei contesti economici aziendali-tecnologici come quelli in cui viviamo da alcuni secoli, e di cui la tassazione ragionieristica attraverso le aziende è un caso emblematico. Anche la *tassazione dei consumi* è sempre avvenuta attraverso gli operatori economici, che fornivano prestazioni ai consumatori finali. Quest'ultima tuttavia appare concettualmente meno efficiente,

---

<sup>24</sup> Istituito con D.M. 10 settembre 1992.

pur avendo fornito dati apprezzabili su alcune tipologie di ricchezza e in cui può essere individuato un metodo alternativo e complementare, una *soluzione di ripiego*<sup>25</sup>, per i casi in cui appaia troppo difficile o complessa la tassazione del reddito alla produzione. Generalmente, la determinazione tributaristica della ricchezza è più agevole alla fonte, ovvero nei luoghi di produzione, quali officine, laboratori, negozi e studi professionali, o di deposito, come nel caso di investimenti immobiliari e finanziari. In genere un individuo guadagna in un modo soltanto, o al massimo due, mentre spende in tanti modi diversi. Per questo, risalire al reddito in base ai consumi è macchinoso, e vale la pena farlo soltanto quando gli indizi derivanti dall'attività siano molto deboli, o collocabili in una *forchetta* di valori molto vasta. Pur potendo mettere a punto, attraverso il consumo, la determinazione della ricchezza in base all'attività, questa non può mai comunque essere abbandonarla realmente. Anche per questo sono state utilizzate, per anni, solo spese ad alta visibilità, come il mantenimento di autovetture, di residenze secondarie o di imbarcazioni da diporto, trattandosi anche qui di determinazioni valutative, con cui gli uffici hanno scarsa familiarità, e che si è cercato di forzare in una predeterminazione *automaticostatistica*, simile a quella degli studi di settore, e qui denominata *redditometro*. Anche la determinazione del reddito in base alla spesa è stata usata spesso come diversivo politico davanti alle lacerazioni sociali tra lavoro dipendente, tassato attraverso le aziende, e lavoro indipendente, dal momento che il riferimento alla spesa, trascurando la produzione, consente di mettere in secondo piano le differenze tra piccoli commercianti, artigiani, dipendenti e professionisti, in tal modo tutti uguali, tanto più che le

---

<sup>25</sup> V., tra gli altri, *Corte Conti: Redditometro strumento debole, lotta a evasione ondivaga*. Disponibile su <http://www.lapresse.it>.

categorie produttive sono molto meno sindacalizzate, sul punto, rispetto ai consumatori, creando meno imbarazzi politici. Quest'utilizzazione politico-mediatica dell'accertamento sintetico è stata riproposta più volte, con evidenti finalità di marketing comunicazionale, ricercando un effetto di annuncio, in cui si è girato a vuoto per anni con inutili discussioni, chiacchiere e polemiche, a conferma dell'arretratezza italiana della riflessione sulla determinazione della ricchezza ai fini tributari. Un coordinamento tra argomenti *alla produzione* e *al consumo* sarebbe possibile anche a legislazione vigente, ma la presenza di norme diverse asseconda la solita tendenza ad abbandonare la possibile utilizzazione combinata di argomentazioni riguardanti l'attività e la spesa personale. Questa rigidità, e questa ritrosia verso le valutazioni, ostacolano anche la determinazione, in base agli incrementi patrimoniali, della ricchezza ricevuta per successioni e donazioni, soprattutto quelle informali. La determinazione dei redditi al consumo deve infatti considerare l'eventuale finanziamento delle spese con somme non costituenti reddito imponibile, prima di tutto per erogazioni di altri soggetti, come genitori o coniugi, o redditi esenti o soggetti a imposta sostitutiva, smobilizzi patrimoniali o prestiti. Di tutte queste forme *alternative* di finanziamento è ovviamente possibile dare la prova, neutralizzando queste rettifiche, pur con notevoli dispersioni di tempo per uffici e contribuenti. Ci sono poi situazioni ancora più al limite, tra cui operatori economici senza sede fissa o che svolgono un lavoro discontinuo, precario e saltuario, o quei redditi di fonte patrimoniale spesso tra ristretti circuiti di conoscenti, il cui controllo valutativo sul territorio è quasi impossibile, oppure ancora una ricchezza che sia *schermata* da altre *fiscalmente visibili*<sup>26</sup>. Sono fenomeni tralasciati da qualsiasi sistema tributario, fino a che però si mantengono in un ordine di grandezza trascurabile perché, in caso

---

<sup>26</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 384 e *Compendio*, cit., p. 142.

contrario, diventerebbero un altro motivo di intervento valutativo degli uffici tributari, ovvero della loro perdita di controllo del territorio. Questa difficoltà trascurabile, finché si mantiene su piccola scala, diventa infatti un notevole problema politico e di governo della fiscalità quando le aziende si disgregano, regredendo a una economia di piccoli scambi e in un certo senso di autoconsumo, con una crescente fascia di popolazione che *si arrangia*, con attività che sfuggono sia alla tassazione attraverso le aziende sia a quella valutativa attraverso il Fisco; questa perdita di controllo del territorio da parte della macchina pubblica rivela una disgregazione sociale che non si può combattere con qualche comunicato stampa, in cui si esaltano poche azioni sporadiche. Più la ricchezza è anzi frammentata, più l'attività valutativa deve essere sistematica, e quindi rapida, efficiente e con pochi strascichi, mentre in questo campo gli interventi amministrativi sono di fatto rarissimi, ed è sorprendente la cifra annua di meno di 10 mila evasori *totali* individuati, quando passeggiando in alcune strade della periferia di Roma si vede materialmente un probabile evasore totale ogni cinque metri<sup>27</sup>.

### **3.7. *Segue*: la necessità di una schedatura fiscale corroborata da un'indispensabile attività valutativa da parte degli uffici**

Accanto poi a questa visibilità *fisica* sul territorio, che pone solo problemi di stima, c'è una visibilità che potremmo definire *pubblicitaria*, soprattutto per i prestatori di

---

<sup>27</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 386 e *Compendio*, cit., p. 143.

servizi a domicilio, dall'assistenza a varie forme di servizi personali, che pure necessitano, a meno che non operino attraverso un ristretto giro di conoscenze personali, di rendersi visibili a costo di esporsi agli occhi del Fisco, i cui uffici potrebbero consentire un'identificazione di chi li propone, agevolando la redazione dei fascicoli informativi permanenti. Emerge anche sotto questo profilo l'insufficienza delle attuali *banche dati* e la necessità di un supporto permanente valutativo delle singole attività economiche. Questa *schedatura fiscale*, per certi versi una riedizione degli antichi catasti<sup>28</sup>, è tanto più necessaria quanto più si riducono gli spazi per la tassazione attraverso le aziende, e milioni di persone e famiglie, guardando le statistiche delle dichiarazioni, sembrano un *mistero fiscale*, perché non si capisce come facciano a vivere. Bisognerebbe capire in quale misura sono veri poveri, finti poveri o titolari di redditi soggetti a tassazione forfettarie o sostitutive. La risposta a questa domanda è completamente fuori dal controllo del Fisco, in una situazione in cui molti contribuenti, pur dichiarando redditi immobiliari o occasionali di poche decine di euro, vivono forse a carico di altri, oppure possiedono fonti di sostentamento patrimoniali, da non indicare in dichiarazione. La consapevolezza di questa conoscenza spingerebbe molti di questi contribuenti ad una autotassazione meno infedele, tramite un supporto descrittivo, a cura degli interessati, basato anche su autocertificazioni da fare oggetto di riscontri empirici. Sarebbe questo un primo strumento per evitare che milioni di persone e famiglie diventino, o restino, tributariamente un oggetto misterioso, come è accaduto a forza di appiattirsi sulla tassazione attraverso le aziende e sul suo *contabilismo*<sup>29</sup>. Questa necessità di anagrafe tributaria emerge anche nelle confusioni della pubblica opinione, che scambia le dichiarazioni dei redditi

---

<sup>28</sup> V., tra gli altri, Giovanni Picco, *Terra di Cantalupa. Civiltà dei catasti*, Torino, Effatà, 2010, pp. 33-40.

<sup>29</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., pp. 365,552 e *Compendio*, cit., p. 144 e cfr. Mario Damiani, *Il contabilismo «funziona» dove ne esistono i presupposti, il problema sono le stime*, in *Tassazione attraverso le aziende: dai*



per un archivio patrimoniale sulla ricchezza individuale, di cui invece in Italia non c'è traccia. Per le ormai note ragioni culturali, gli uffici tributari vedono invece la valutazione per ordine di grandezza come una grana, inseguendo i fantasmi contabili di cui abbiamo già detto e diremo ancora, nell'illusione di utilizzare la determinazione contabile della ricchezza anche dove ne manchino i presupposti.

### **3.8. Il limite al contante, forse utile ai fini antiriciclaggio, inutile per le finalità anti-evasione e dannoso per chi è in regola**

La confusione in tema di determinazione tributaristica della ricchezza, e delle misure da adottare al fine di contrastare l'evasione fiscale, ha portato l'opinione pubblica e le istituzioni a convincersi che determinate misure, adottate in maniera più o meno efficace contro il riciclaggio, potessero disvelare i propri miracolistici effetti anche e soprattutto i chiave antievasiva. In realtà si può anche sostenere che le continue restrizioni all'uso del contante, così come la tracciabilità delle movimentazioni bancarie di cui abbiamo già parlato, dettate, come detto, contro il riciclaggio, possano avere ricadute fiscali. Le istituzioni intuiscono infatti che il monopolio pubblico dell'emissione di moneta può contribuire alla determinazione tributaristica della ricchezza. Occorre anche tener presente tuttavia che, se si eliminasse del tutto l'uso del contante, non ci sarebbe comunque una aggregazione della ricchezza secondo i concetti economici suindicati. Anche qui c'è l'illusione di poter utilizzare la traccia-

---

*numeri ai concetti in una recente monografia*, a cura di M. Damiani e R. Lupi, in *Dialoghi Tributarî*, 2013, 4, pp. 375-380.

bilità come sostituto della tassazione ragionieristica attraverso le aziende sulla ricchezza da esse non raggiunte, pur non potendo una strana tassazione attraverso gli intermediari finanziari sostituire la tassazione attraverso le aziende dove esse non arrivano, ma anzi dovendo intendere le informazioni degli intermediari finanziari quali strumento per la tassazione attraverso gli uffici. La tassazione attraverso le aziende presuppone infatti che esse siano *parti*, in qualità di cliente o fornitore, delle operazioni tassate o segnalate al Fisco. L'intermediario finanziario non può sapere al contrario se dietro a innumerevoli operazioni effettuate con bancomat, assegni o bonifici vi sia una erogazione di reddito o una percezione di spese per consumi; anche per questo gli imponibili non registrati, sia pure inferiori ai livelli italiani, restano notevoli anche in paesi dove la moneta elettronica prevale su quella cartacea. Di conseguenza, aumentare la soglia d'uso di monete e banconote non incentiva il sommerso in maniera significativa. La discussione sorta attorno a questa problematica, soprattutto dopo che il governo Renzi ha innalzato tale limite da 1000<sup>30</sup> a 3000 euro, ha rischiato nei giorni scorsi di sfuggire di mano. La legge di stabilità 2016 ha esteso l'aumento del limite all'uso del contante a 3000 euro anche agli affitti, su cui il governo Letta aveva provato a proibire qualsiasi transazione *cash*. Con la volontà di debellare l'evasione, ogni affittuario, a prescindere dall'importo del canone, avrebbe dovuto pagare con bonifico. La norma avrebbe creato così tanti problemi e costi per i cittadini con contratti regolari, che lo stesso governo Letta decise di alzare la soglia a mille euro, come per gli altri pagamenti. Non è stato un passo indietro nei confronti dell'evasione fiscale quello e non lo è neppure questo del governo Renzi, per il semplice motivo che chi fittava in nero continuerà a farlo, a prescindere dal

---

<sup>30</sup> L. 6 dicembre 2011, n. 214.

limite all'uso del contante. La questione è semplice. È già necessario registrare contratti, e per chi non rispetta questa legge non fa alcuna differenza se all'obbligo di fare la fattura si vada poi ad aggiungere quello di non ricevere pagamenti in contanti. Il divieto riguarda solo chi ha un contratto regolare, chi è in regola, mentre chi fa tutto in nero continuerà ad accettare contanti. Tutte quelle volte in cui la legge non viene rispettata, il cliente *caccia* i soldi, il fornitore li prende e tanti saluti al limite, che potrebbe essere posto anche a 30 euro, senza che cambi comunque nulla. Contro l'evasione l'approccio ortopedico, di conseguenza, non funziona più di tanto. Se un inquilino ha un affitto in nero e paga in contanti, possiamo mettere tutte le norme dirigistiche che vogliamo, ma continuerà a pagare comunque in contanti. Non funziona che la legge ordina e le persone obbediscono. Anche perché, se bastasse emanare leggi, sarebbe già sufficiente quella che vieta i pagamenti in nero. Ma se le norme restrittive sul contante fossero semplicemente inutili non sarebbe poi tanto grave, mentre il vero e più grande problema è che creano in realtà difficoltà e disagi a chi opera regolarmente<sup>31</sup>. Pensiamo a un cliente che voglia acquistare una borsa o un orologio di lusso in contanti. In tal caso il limite impedirebbe all'azienda di emettere scontrini superiori a una determinata soglia. Paradossalmente, quindi, il limite al contante infastidisce le organizzazioni in cui l'evasione manca, per i motivi che abbiamo già esposto, mentre lascia del tutto indifferenti quelle dove questa già è presente. La soglia dei pagamenti in contanti non si riflette direttamente sui conti pubblici, avendo piuttosto un valore simbolico, oltre ad essere un indizio, sconsolante, della grossolanità del dibattito sulla determinazione dei tributi e degli imponibili fiscali. Lo conferma del resto l'improprietà dell'utilizzazione,

---

<sup>31</sup> Milena Gabanelli, *Contanti, un ticket fiscale su merce socialmente pericolosa*, in *Pericolosità sociale del contante e sua tassazione in chiave preventiva*, a cura di M. Gabanelli, Giuseppe Molinaro, R. Lupi e Dario Stevato, in *Dialoghi Tributari*, 2012, 1, p. 11.

ai fini tributari, di una normativa davvero efficiente soltanto contro il riciclaggio, dove si movimentano peraltro cifre anche molto maggiori. Il limite di 1.000 euro, anche tenendo conto della possibilità di frammentare i pagamenti, era già irrealisticamente troppo, rispetto alle possibilità di controllo. Il lavoratore indipendente al consumo finale, quando riparava il motore di una vettura, sostituiva le piastrelle di un bagno o vendeva un gioiello, accettava normalmente pagamenti in contanti ben maggiori del limite. Il limite crea invece paradossalmente problemi proprio dove l'evasione non c'è<sup>32</sup>, perché esistono grandi organizzazioni amministrative spersonalizzate, ad esempio quando si acquista un orologio da Bulgari, la cui procedura organizzativa viene messa in crisi proprio da detto limite, non potendo emettere scontrini di importo superiore a 1.000 euro senza avere in cassa mezzi di pagamento diversi dal contante. Quindi il limite al contante infastidisce le organizzazioni in cui l'evasione manca, mentre lascia del tutto indifferente il lavoratore indipendente, il piccolo commerciante e l'artigiano, o il titolare di una organizzazione flessibile, dove il cliente paga in contanti e il fornitore li prende, con tanti saluti al limite. Per loro potrebbero metterlo anche a trenta euro. Quanto sopra rileva quindi la potenzialità effettiva del limite al contante, che non riguarda la possibilità di *fare nero*, ma quella di spendere il nero in sedi dove il contante non è accettato. È un limite molto debole, in quanto nell'evasione di artigiani e piccoli commercianti, diretta al sostentamento, il contante evaso non viene investito o impiegato in consumi *costosi*, ma destinato a spese *medio piccole*. Quindi il messaggio che il governo Renzi ha voluto dare sul contante è *simbolico*, relativo cioè al rientro del *terrorismo fiscale*, della criminalizzazione, della caccia all'evasore, o delle recriminazioni. Insomma è un messaggio di rasserenamento, rispetto a operatori economici presentati come colpevoli, in

---

<sup>32</sup> V. *Il balletto del contante*. Disponibile su <http://mediaware.selpress.com>.

quanto prima sfruttatori e poi *evasori*, di mali nazionali che hanno invece altre cause. Renzi ha quindi fatto bene ad aumentare il limite al contante, perché era diventato un feticcio, un tentativo inefficace di usare impropriamente un presidio contro la criminalità, essendoci dietro la tendenza culturale secondo la quale *l'evasore è colpevole dei mali dell'Italia*, per cui altro non è che un nemico da sconfiggere. È un buco nell'acqua, sono frasi da talk show. La cosiddetta *grande evasione* non gira con i contanti, ma coi versamenti, e l'industriale non va certamente a versare in contanti dei soldi non registrati, perché invece gira già tutto internamente al circuito bancario, senza che ce ne si accorga, con un sistema in cui la società riceve la fattura di un'altra società, la paga sul conto che la società le dice, senza che la banca possa sapere chi sia il proprietario dell'altra società, facendo una distinta di bonifico, e senza poter indagare se la fattura sia falsa, perché neanche la vede. La *grande evasione* non si forma coi contanti, con essi va avanti l'evasione di massa del pasticciare e dell'idraulico. Non la si può fermare con l'autoriciclaggio. L'evasione dell'industria-lotto, che probabilmente c'è, gira già tutta dentro al circuito bancario, senza che ci sia nemmeno il bisogno di andare a Panama, dove non sono comparsi, come vedremo, industriali di sorta. Soprattutto chi fa esportazioni chiaramente, in parte, triangola, e lo fa o con l'estero, o con soggetti deboli che poi spariscono. Bisogna portare via i soldi all'organizzazione, e metterli in un contenitore che si controlli in proprio o tramite un prestanome, o quindi inventandosi le *società apri e chiudi*, che pompano costi, o quelle che pompano ricavi ai clienti, restando comunque tutto tracciato. Poi il conto si chiude, se ne apre un altro, questa volta sì, a Panama, e tanti saluti al Fisco.

### **3.9. *Segue*: una tassazione disincentivante sull'uso del contante in chiave realmente antievasiva**

Attorno al tema della circolazione del contante ha fatto discutere la proposta della giornalista Milena Gabanelli<sup>33</sup> di una sorta di tassazione su alcune operazioni in contanti *in sé*<sup>34</sup>, come sintomo di ricchezza potenzialmente indirizzata a pagamenti in nero. Sarebbe questo uno di tanti interventi, molteplici e congiunti, di cui si può comunque parlare per rilanciare la richiesta delle imposte, oggi troppo sbilanciata sull'utilizzazione delle aziende, mentre per essa servirebbero, quale malato grave, varie terapie, talvolta anche solo, perché no, sperimentali. Così come tentar non nuoce quando c'è da salvare una vita umana, allo stesso modo dovrebbe essere per la stabilità economica e la credibilità di un intero paese<sup>35</sup>. In questa varia combinazione di ingredienti, tutti diversi tra loro, insieme alla tracciabilità, alla segnalazione degli autonomi da parte delle aziende e al contrasto di interessi dove le aziende non arrivano, anche una modesta tassazione, per così dire, *disincentivante* del contante rappresenta un tema sicuramente da discutere. Ad oggi un assegno, un bonifico, una carta di credito o un bancomat sono necessari per i soli pagamenti superiori ai 3000 euro, ben al di sopra quindi della tipica fattura che un privato riceve da un commerciante o da un artigiano. Abbassare la soglia a 200 euro non migliorerebbe certo la situazione, senza peraltro considerare che, anche se alcun pagamento avvenisse in nero sopra detta soglia, ne rimarrebbero infatti escluse figure come il parrucchiere, il ristoratore, il meccanico e l'idraulico, che rappresentano tutti una enorme fetta di

---

<sup>33</sup> Milena Jole Gabanelli (Nibbiano, 9 giugno 1954) è una giornalista e conduttrice televisiva italiana.

<sup>34</sup> M. Gabanelli, *Contanti*, cit., p. 11-12.

<sup>35</sup> M. Gabanelli, G. Molinaro, R. Lupi, D. Stevanato in *Pericolosità sociale*, cit., p. 11.

Pil<sup>36</sup>. Sta emergendo una certa difficoltà nell'utilizzare in chiave fiscale regole in realtà modellate per patologie differenti, nel caso che ci interessa criminalità organizzata e terrorismo. Il limite alla circolazione del contante incide inoltre in maniera negativa, come abbiamo detto, soprattutto quando si cerca di spenderlo presso fornitori organizzati rigidamente, dal momento che un falegname o un gioielliere accetteranno ben volentieri anche somme superiori alla soglia, in piena connivenza con il loro cliente. Di qui il suggerimento di integrare l'intervento sulle operazioni di utilizzo del contante con un altro diverso, che sia mirato all'*approvvigionamento* di contante, di cui disincentivare l'utilizzo a monte. Basta d'altronde dare un'occhiata a quali siano le categorie che ne hanno più bisogno, ovvero lo spacciatore, il tangenzista e, appunto, il riciclatore. Tutte le attività criminali esistono soltanto grazie all'uso del contante, non contribuendo alla ricchezza dello Stato, quanto piuttosto a un *maggiore costo sociale* da sostenere, in termini sociali, di polizia e anche di burocrazia. Anche l'evasione fiscale e in generale tutto il mondo del sommerso esistono e sopravvivono anche grazie al contante, pur potendo comunque, e questo è un punto che deve far riflettere, farne a meno soprattutto su uno scenario internazionale, tramite cioè i pagamenti estero su estero, a fronte di fatture passive gonfiate da fornitori compiacenti, o di sottofatturazioni di ricavi, anch'esse verso clienti bendisposti. È tuttavia possibile e verosimile che il grosso dell'evasione giri comunque in contanti, e che ci sia molta cautela nell'omettere la registrazione fiscale di pagamenti tracciabili<sup>37</sup>, non parendo sufficientemente affidabile, agli occhi dell'evasore di turno, la possibile contromisura del dirottamento di assegni o bonifici che siano stati ricevuti per prestazioni fiscalmente non registrate, sul conto di parenti,

---

<sup>36</sup> M. Gabanelli, *Contanti*, cit., p. 11.

<sup>37</sup> V. Giovanni Immordino e Francesco Flaviano Russo, *L'evasione paga in contanti*. Disponibile su <http://www.lavoce.info>.

amici o prestanome. È questa una contromisura gestibile soltanto su piccola scala e con soggetti molto affidabili. Le medesime complicazioni riguarderebbero l'apertura di conti esteri, su cui versare assegni o dirottare bonifici. Per tutti questi motivi, soltanto il contante sembra dare, al cd. *popolo delle partite IVA*, la sufficiente sicurezza per omettere la registrazione fiscale delle operazioni. Se è vero che negli ultimi decenni si è cominciato a tassare di più quei beni e quelle attività che più costano alla collettività, tra cui il tabacco, gli alcolici o le ormai famose ZTL, ritiene la Gabanelli, non si vede perché non si possa, sulla base del medesimo principio, tassare l'utilizzo del contante, in quanto fattore ben capace di generare costi e ingiustizia sociale. D'altra parte, non si può pretendere che un consumatore, di fronte alla famosa alternativa *120 euro con fattura/ricevuta o 100 senza*, possa mai optare per la fattura. Diverso sarebbe se a quello stesso consumatore quei 100 euro costassero in concreto più dei 120, tra *tassa* sul contante, eventuale perdita della detrazione per contrasto d'interessi e altri disincentivi collaterali, perché in quel caso il consumatore sarebbe senza dubbio portato a chiedere la fattura, pagando i 120 euro mediante assegno, bonifico o bancomat. Con un pagamento totalmente tracciabile occorrerebbe molta più temerarietà per omettere la registrazione fiscale, risultando macchinoso indirizzare gli assegni o i bonifici verso conti esteri o intestati a prestanome, ed è per questo che gli incassi non registrati dagli autonomi sono fortemente legati comunque al contante, che al contrario non lascia traccia.



### 3.10. *Segue: la natura di sanzione del prelievo sulle operazioni soprasoglia*

Un'imposta sui prelevamenti di contante potrebbe tuttavia non risultare compatibile col principio di *capacità contributiva*<sup>38</sup>, dal momento che il prelievo o l'utilizzo di contanti non sembra essere espressivo di una chissà quale forza economica o della ricchezza di un soggetto, almeno più di quanto non lo sia il mero possesso di quelle somme o il loro utilizzo per pagamenti tracciati, effettuati con assegno, carta di credito o bonifico<sup>39</sup>. D'altra parte, non sembra nemmeno che un prelievo come quello proposto possa essere giustificato come *tassa*, mancando una corrispettiva attività individuale dell'ente pubblico, resa nei confronti di chi effettui il prelievo. Inoltre il contante utilizzato per effettuare acquisti sottende un atto di consumo, già tassato a sua volta con l'applicazione dell'IVA da parte del fornitore, mentre il pagamento in contanti in sé consiste in un atto fiscalmente irrilevante. Il contante prelevato non può essere nemmeno utilizzato quale indicatore della capacità di spesa di chi lo utilizzi, non rilevando a tal fine il metodo di pagamento quanto piuttosto la medesima possibilità di fare dei pagamenti, indipendentemente dalle modalità utilizzate. L'idea di un *prelievo* potrebbe tuttavia trovare una copertura ove venisse concepito come una sorta di *sanzione*, connessa alla violazione del divieto di utilizzo di contante sopra una certa soglia<sup>40</sup>. E in quest'ottica, pur essendo vero che chi prelevi un importo superiore a detto limite potrebbe destinare le relative somme a più pagamenti singolarmente *sottosoglia*, è altresì vero che al superamento di questa soglia in un dato periodo di tempo, il prelievo presso conti o depositi bancari potrebbe

---

<sup>38</sup> Dario Stevanato, *Spunti per la progettazione di un <<prelievo>> sui prelevamenti di contanti: tributo o strumento coercitivo para-sanzionatorio?*, in *Pericolosità sociale*, cit., p. 16.

<sup>39</sup> Sul punto, v. Corte Cost. 06 ottobre 2014, n. 228.

<sup>40</sup> D. Stevanato, *Spunti*, cit., p. 17.

innescare un ragionamento *induttivo* e far scattare una presunzione legale. Bisogna infatti considerare che chi preleva denaro da un conto non lo fa di solito per il gusto di tenere il denaro sotto il materasso, ma per effettuare dei pagamenti, e quando il prelievo superi certe soglie si potrebbe allo stesso modo presumere ragionevolmente che le somme prelevate siano servite per effettuare pagamenti anch'essi superiori a quel livello prefissato. Il prelevamento di ingenti somme è quindi una spia di possibili e probabili successivi pagamenti *in nero*, e per questo non sembra irragionevole utilizzare le aziende bancarie ancora una volta quali ausiliarie del Fisco in tali frangenti, e sulla base di una normativa *autonoma* rispetto a quella delle segnalazioni antiriciclaggio tesa a istituire, a sua volta, un'autonoma misura di tipo *sanzionatorio* anche sui prelievi eccedenti determinate soglie mensili. Siccome sembrerebbe improprio attribuire un potere *sanzionatorio* a degli enti comunque privati, il prelievo alla *fonte* potrebbe assumere un carattere di provvisorietà ed essere accompagnato da una specifica segnalazione, magari non su base mensile ma annuale, all'Ufficio finanziario competente in relazione al domicilio fiscale del correntista – contribuente. Successivamente la banca potrebbe segnalare al correntista di aver inviato la segnalazione all'Amministrazione finanziaria, ricordando a questi il suo diritto di rivolgersi all'Ufficio competente per documentare le proprie spese. A quel punto il contraddittorio e il conseguente impiego di energie da parte degli uffici finanziari verrebbe attivato solo a seguito di una decisione del contribuente interessato a sottrarsi al *prelievo* di cui *supra*, palesando le proprie spese. Una misura di questo tipo sembra essere anche maggiormente coerente con la reale finalità della

stessa, non consistente nel *fare gettito* quanto piuttosto nello scoraggiare comportamenti come, ad esempio, l'utilizzo di contanti per pagamenti di un certo importo, e incoraggiarne altri, tra cui l'utilizzo di canali tracciati per i pagamenti<sup>41</sup>.

### **3.11. Segue: l'importanza di un attento prelievo sul contante e della sua intersezione con ulteriori strumenti, ai fini della determinazione della ricchezza**

Sembra che siano più i prelevamenti dei clienti a favorire l'evasione, che non i versamenti degli autonomi che, versando in banca gli incassi, li rendono tracciabili, esponendosi già in questo modo ai controlli del Fisco. I versamenti di contante, che a certe condizioni è comunque opportuno monitorare a fini antiriciclaggio, sono per lo più inoffensivi da un punto di vista invece fiscale, anzi potremmo dire addirittura controproducenti per l'evasore, perché facilmente tracciabili. Occorrerebbe a questo punto, come abbiamo appena detto, guardare più ai prelievi in contanti, effettuati presso gli istituti di credito, che potrebbero facilmente gestire una piccola tassazione disincentivante. Qualcuno ha obiettato che questo meccanismo penalizzerebbe le fasce di popolazione meno giovane e meno pronta alla tecnologia<sup>42</sup>, ma a tal fine si potrebbe comunque lasciare una franchigia mensile di prelievo di contanti, il cd. *argent de poche*<sup>43</sup>, che sia esente da tassazione per le spese minute, ad esem-

---

<sup>41</sup> D. Stevanato, *Spunti*, cit., p. 18 e cfr. R. Lupi, *Il lato oscuro della tassazione*. Disponibile su <http://www.socialnews.it>.

<sup>42</sup> V. Massimo Famularo, *Tassa sui contanti, perché non sarebbe servita a scovare gli evasori*, <<il Fatto Quotidiano>>, 19. febbraio 2015.

<sup>43</sup> In italiano, *paghetta*.

pio mille euro, o anche meno, al mese per ogni conto corrente, con procedura facilmente gestibile dalle banche. Sarebbe interessante insomma un intervento sui prelievi di contanti superiori a una determinata soglia fisiologica, dal momento che, riducendo in tal modo la circolazione del contante, potrebbero esserci probabilmente tante altre esternalità senz'altro positive, come la riduzione dei furti alle pompe di benzina, alle casse dei supermarket, o anche ai portafogli. Necessaria pare essere, in aggiunta a tutto ciò, una diminuzione del costo delle transazioni, in considerazione del maggior volume di pagamenti elettronici, come accade già del resto negli USA, e dovendo porre maggiore attenzione nei confronti delle clonazioni delle carte di credito. La tassazione, per dirla in parole povere, del contante potrebbe apparire come una soluzione drastica o utopistica, ma avrebbe di contro il vantaggio di essere facilmente e rapidamente applicabile, fattibile di portare all'inesco di un meccanismo virtuoso e soprattutto a vantaggio di tutti. E sarebbe poi, soprattutto, un modo per capire, al di là di laceranti spiegazioni moralistiche, quali siano i reali punti di forza su cui il Fisco può far leva per una maggiore perequazione tributaria. Si stima che in Italia, nel solo 2010, siano stati prelevati dagli sportelli bancomat circa 142 miliardi di euro<sup>44</sup>. La proposta della Gabanelli renderebbe meno conveniente il ricorso al contante, spingendo più verosimilmente verso l'utilizzo di mezzi invece tracciabili. Parliamo di un'idea certamente innovativa, purché provocatoria, ma che potrebbe comunque essere presa in seria considerazione per sostenere il contrasto di interessi. In un contesto di tassazione attraverso le aziende, la manovra in questione sembra più che fattibile, perché applicata direttamente dalle banche che, ancora una volta, assumerebbero il compito di ausiliari del Fisco. Incidentalmente, atteso il volume dei prelevamenti di 142 miliardi di euro che sopra abbiamo indicato, anche

---

<sup>44</sup> Carlo Milani, *Meno contante contro l'evasione*. Disponibile su <https://milanicarlo.wordpress.com>.

un'aliquota impositiva bassa dovrebbe garantire entrate di un certo rilievo per le casse erariali, pur non rappresentando ciò il reale obiettivo da perseguire, che invece consiste nella determinazione della ricchezza. Di contro, sarebbe da valutare, come detto, una riduzione del prelievo impositivo sugli strumenti di pagamento tracciabili, limitando o eliminando ad esempio il bollo sugli estratti conto bancari e delle carte di credito. Al riguardo, risulta molto interessante quanto rilevato da Carlo Milani<sup>45</sup> tramite uno studio condotto in diversi paesi, secondo il quale, a un aumento dell'uso di contante, corrisponde una maggiore incidenza dell'economia sommersa. E questo avviene maggiormente in Italia e Grecia<sup>46</sup>.

### **3.12. Il disallineamento tra riciclaggio ed evasione e necessità di un *pacchetto* di misure antievasive appropriate**

Il denaro non è un bene, ma uno strumento di misurazione degli impegni reciproci all'interno di un gruppo sociale<sup>47</sup>, impegni di cui si rende garante l'autorità politica, garantendo o impegnandosi essa stessa, indebitandosi se necessario verso la Banca Centrale che emette moneta nel sistema, coi molti rischi di abuso connessi all'inflazione. Ma il potere politico, pur avendo alcuni margini di manovra, non è certo onnipotente, come sarebbe al contrario se potesse creare ricchezza dal nulla, e non soltanto per immettere o drenare liquidità nel sistema, ma anche per subordinare la circolazione di questi, come li abbiamo chiamati, opposti impegni reciproci, alla

---

<sup>45</sup> Economista, data scientist, consulente indipendente su tematiche finanziarie e macroeconomiche, collabora con primari istituti di ricerca economica italiani.

<sup>46</sup> Carlo Milani, *Relazione tra i prelievi di contante e attività sommersa*. Disponibile su <http://www.lavoce.info>.

<sup>47</sup> R. Lupi, *Un riflesso tributario del <<signoraggio>>*, in *Pericolosità sociale*, cit., p. 14.

base del sistema monetario, a requisiti di correttezza tributaria. Tutte le disposizioni emanate del resto sulla tracciabilità, in chiave fiscale, sono un aspetto di tale potere. Come il divieto di circolazione del contante, che lo è in una versione per certi versi impropria, come avviene per l'utilizzazione in chiave tributaria di vincoli antiriciclaggio, che rischia infatti di essere una *grida manzoniana* fino a che il cliente, consumatore finale, paga e il fornitore accetta. È ormai chiaro che le sanzioni antiriciclaggio sono modellate per altre fattispecie, relative peraltro alla criminalità organizzata, essendo inoltre prive della sistematicità necessaria in sede di verifica fiscale. L'evasione derivante da una mancata registrazione della ricchezza riguarda attività capillarmente diffuse, e non, come invece si tende a credere, i pochi fenomeni relativi alla grande criminalità per la quale è stata posta in essere tutta la normativa antiriciclaggio. Se la finalità dell'abbassamento di soglia è fiscale, la soglia deve essere fiscale, individuata e la sanzione irrogata rapidamente dal medesimo ufficio tributario. Così come è stata invece strutturata, la sanzione antiriciclaggio, applicata con finalità tributarie, richiede un coordinamento col controllo fiscale che rischia di privarla di sistematicità. Qualche ostacolo in più sussiste ancora per la *grande evasione* da ricchezza non registrata o nascosta, dove le cifre in contanti risultano essere molto superiori, e dove si spiegano le fughe verso San Marino<sup>48</sup>, o i versamenti su conti di prestanome compiacenti. La visibilità delle movimentazioni sui conti correnti può aiutare molto sotto questo profilo, sia per i contanti sia per gli assegni, ed è per questo che al contante versato in banche italiane occorre dare anzi il benvenuto, anche perché risulterà, in tal modo, tracciabile dal Fisco. Per questo, come ha giustamente inteso Milena Gabanelli, va apprezzata anche la comprensione che il

---

<sup>48</sup> V. *Evasione fiscale, 33 miliardi in sei anni tra Rimini e San Marino, la Finanza indaga*. Disponibile su <http://www.altarimini.it>.

vero problema è il prelievo dalla banca, probabilmente verso il nero, mentre i versamenti, anche se provenissero, al contrario, dal nero, diventerebbero perlomeno *grigi*, dovendo quindi essere fiscalmente incentivati. Il riferimento ai versamenti consente di cogliere un'altra differenza tra l'antiriciclaggio e l'antievazione. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, al contrario di quanto accade per chi voglia riciclare, chi versa si espone al Fisco, salva ovviamente l'utilizzazione di conti di prestanome, non potendo tuttavia comunque essere la banca a distinguere tra le varie tipologie di versamenti ai fini della tassazione sui contanti che, quindi, ai versamenti non si addice. La misura del *prelievo sul prelievo* dovrebbe essere così inclusa in un pacchetto di misure tese a ostacolare la *Grande Evasione*, ma che sia questa intesa in termini di ricchezza non registrata. Il disincentivo all'uso del contante deve essere coordinato con una serie di norme che salvaguardino la snellezza dei pagamenti minuti, riducendo i costi delle intermediazioni bancarie sui pagamenti elettronici e che si inseriscano nella cornice generale di pacata determinazione della ricchezza laddove le aziende non riescono ad arrivare. Occorre insomma valorizzare tutte le possibilità di segnalazione al Fisco da parte dei clienti – aziende, come pure quelle da parte di privati a fronte del contrasto di interessi, di cui abbiamo detto. Anche la stessa possibilità di rivalsa sull'IVA pagata dal fornitore, a carico del consumatore finale, è un elemento di questo insieme, come pure, come abbiamo avuto modo di vedere, il tenore di vita. Bisogna comprendere che nessuna iniziativa di rilevazione, di spinta all'emersione della ricchezza, funziona da sola, dovendo essere poste in essere queste tutte insieme, coordinandole e dosando ciascuna in modo adeguato, che è esattamente quanto accade per la dissuasione dall'uso del contante, anche mediante una piccola imposta come quella suggerita, che va comunque vista come parte di un tutto più ampio e complesso. Non importa che si faccia davvero, potendo

risultare addirittura superflua ove si facessero altre cose. L'importante è discuterne, per poter possedere una maggiore consapevolezza sui concetti e una più facile comprensione tra *opinion makers*, *istituzioni* e *classi dirigenti*, ponendo fine a quel clima di recriminazioni polemiche e confusione che tanto ha finora intralciato la richiesta delle imposte, continuando tuttora a lacerare la società.

### **3.13. Lo scandalo dei *Panama Papers*, tra autoriciclaggio, riciclaggio ed evasione fiscale**

Seguendo il filo rosso di questo testo, si ritiene opportuno rilevare come vi siano altre conseguenze negative derivanti dal clima di profonda confusione in tema di determinazione tributaristica della ricchezza e di evasione, tra cui anche la convinzione che la maggior parte dei soldi nascosti a Panama, e usciti allo scoperto solo qualche settimana fa, fossero di evasori meschini. Ma vedremo che così non è, essendo la realtà profondamente diversa da come è stata trasmessa e recepita. Con riguardo all'entità dello scandalo provocato, bisogna dimenticare *Wikileaks*<sup>49</sup>. Quella dei *Panama Papers* è infatti, ad oggi, la più grande fuga di notizie mai accaduta, con 11 milioni di documenti ottenuti dallo studio legale *Lenville Overseas*, con sede a Panama, e che hanno svelato le fortune *offshore* dei potenti del mondo, tra cui anche diversi personaggi italiani e capi di Stato, come il presidente russo Vladimir Putin. Ad aiutare questi *paperoni* a portare i propri capitali all'estero è stato lo studio

---

<sup>49</sup> Organizzazione internazionale senza scopo di lucro che riceve in modo anonimo, grazie a un contenitore protetto da un potente sistema di cifratura, documenti coperti da segreto e poi li carica sul proprio sito web. Riceve, in genere, documenti di carattere governativo o aziendale da fonti coperte dall'anonimato e da *whistleblower*.



legale *Mossack Fonseca*, quarta società più importante al mondo tra quelle che si occupano della creazione e gestione di società *offshore*, giunto al centro di un'inchiesta giornalistica partita dalla tedesca *Süddeutsche Zeitung*<sup>50</sup> e poi condotta dall'*International Consortium of Investigative Journalists*<sup>51</sup>. L'enorme mole di dati trafugati contiene informazioni sul lavoro dello studio panamense e quindi sui suoi clienti, le loro società e le attività svolte in vari *paradisi fiscali*. Ad aprile è scattata la corsa contro il tempo ed è partito lo slalom tra prescrizioni, *scudi fiscali* vari e *voluntary disclosure*, soprattutto per la Procura di Torino, guidata dal magistrato Armando Spataro che ha aperto le indagini, affidandole alla Guardia di Finanza. L'inchiesta si impenna a Torino perché gli inquirenti stavano già lavorando su un caso di esportazione di capitale illecito. Si trattava di un falso invalido, medico di origine iraniana, che si sarebbe rivolto a *Mossack Fonseca* per nascondere 100 mila euro ottenuti da Inps e varie assicurazioni<sup>52</sup>. Dopo aver acquisito l'ormai famosa lista degli 800 nomi italiani, le Fiamme Gialle hanno cominciato una faticosa operazione a tappeto che li ha portati da una parte all'altra del globo. Già qui si presenta il primo ostacolo, ovvero l'elenco medesimo, che non è un elemento di prova in sé, potendo essere considerato soltanto un *elemento indiziario* e dovendo vagliare i nomi uno ad uno. L'esito di queste ricerche dipende molto anche dagli accordi internazionali, multilaterali e bilaterali stipulati con i singoli Stati in materia fiscale. Per esemplificare, in caso d'intesa con uno stato estero, l'Italia può avvalersi di una semplice cooperazione amministrativa. Ma, se al contrario non esiste alcun protocollo amministrativo, ci si deve affidare alla magistratura, con l'avvio di faticose, lunghe e complesse

---

<sup>50</sup> Importante quotidiano tedesco.

<sup>51</sup> Fondato a Washington nel 1997, il network conta oggi 185 giornalisti di 65 Paesi ed è specializzato soprattutto in indagini su corruzione e crimini transnazionali.

<sup>52</sup> Massimiliano Peggio, Andrea Rossi, *Dal falso invalido alle società offshore: anche Torino indaga su "Panama Papers"*, <<la Stampa>>, 6 aprile 2016.

rogatorie. L'ipotesi migliore per gli inquirenti è che nelle carte esista un indizio più forte del solo nome, come il numero di conto corrente o la banca italiana che ha effettuato il bonifico: in questo caso la Guardia di Finanza può seguire il denaro, partendo dall'accertamento in patria, e costituire un pacchetto di prove. Superato questo primo ostacolo, individuato il soggetto con annessi gli addebiti tributari e penali, si devono poi fare i conti con la prescrizione<sup>53</sup>, oggetto peraltro di una corposa modifica da parte della Legge di stabilità 2016<sup>54</sup> nell'ottica di rendere più certo il rapporto tra Fisco e contribuenti, e che potrà essere opposta, nel caso, dall'eventuale evasore alla Guardia di Finanza o all'Agenzia delle entrate che faranno la contestazione sull'esportatore di capitali. Inoltre coloro che hanno esportato capitali e commesso il reato di evasione fiscale possono aver sfruttato le opportunità offerte dallo *scudo fiscale-ter*<sup>55</sup> del 2009 e dalla *voluntary disclosure* del 2015. Si tratta di due strumenti diversi: lo scudo di Berlusconi - Tremonti era anonimo, di carattere tombale, sia penale che amministrativo: chi ha in mano questo lasciapassare potrà opporlo alla Guardia di Finanza e passarla liscia. Coloro che, invece, più recentemente, hanno aderito alla *voluntary*, eviteranno il penale se l'accertamento è andato a buon fine. I controlli sono ancora in corso, ma se non ci sarà congruenza tra quanto dichiarato e quanto emerso, la loro posizione potrà essere rivista, perché la *voluntary* decade automaticamente se si è dichiarato il falso. Per coloro della lista degli 800 che rimarranno nella rete dei *Panama Papers*, e che non potranno sfuggire

---

<sup>53</sup> Art. 43 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

<sup>54</sup> Che ha ampliato i termini ordinari di accertamento e abrogato la possibilità del raddoppio degli stessi.

<sup>55</sup> L. 3 ottobre 2009, n. 141.

per prescrizioni e scudi, risultando colpevoli per qualcosa, potrebbero profilarsi accertamenti e contestazioni penali, tra cui *omessa o infedele dichiarazione*, false fatturazioni, riciclaggio e, come ormai sappiamo, solo dal 2015 anche autoriciclaggio.

### **3.14. *Segue: l'evasione fiscale all'estero portata avanti grazie ai Paradisi Fiscali e alle società offshore***

Una società offshore non è altro che un'organizzazione con sede legale in un paese diverso da quello nel quale sviluppa i suoi affari principali. Il paese estero è quasi sempre quello che si definisce *paradiso fiscale*, luogo in cui le restrizioni e le leggi sulle attività economiche sono molto morbide o flessibili, con tasse basse o anche inesistenti. Queste nazioni offrono peraltro un'ampia riservatezza sulle attività finanziarie operative nella loro giurisdizione, potendo le autorità locali rifiutarsi di collaborare con gli altri paesi per proteggere le società che hanno ivi spostato i propri capitali. Tra i *paradisi fiscali* troviamo non solo Panama, ma anche Svizzera, Isole Vergini Britanniche, Seychelles, Isole Cayman e Barbados. Ad esempio, muovendosi sul sito di uno studio legale, il TGH Abogados, si legge in un articolo, intitolato *Come portare il denaro a Panama*<sup>56</sup>, come quest'anno l'afflusso di denaro sporco nel cd. *paradiso* abbia superato i 50 miliardi di dollari. Questo denaro sporco viene velocemente *lavato* dal sistema bancario e corporativo di Panama, ove portare denaro è semplice e veloce, con le giuste attenzioni. Qui ad esempio i soldi vengono facilmente occultati dalla impeccabile professionalità di abili professionisti, che *dirigono*

---

<sup>56</sup> Disponibile su <http://www.tghabogados.com>.

*i giochi della finanza panamense. Benché Panama abbia solo apparentemente deciso di essere più chiaro sulle normative fiscali verso la bistrattata e fallita Europa – si legge - è chiaro che [...] è un gioco delle parti che si sussegue attraverso qualsiasi governo in carica, quello di fare buon viso a cattivo gioco. Le regole [...] oggi permettono senza alcun dubbio a tutti di lavare denaro e occultare denaro evaso senza alcun pericolo o problema. L'industria panamense del lavaggio di denaro è florida più che mai ultimamente, e in particolare da quando la Svizzera, il Lussemburgo, il Lichtenstein, la Repubblica di San Marino e l'Austria hanno detto addio al segreto bancario e societario. Panama è un paradiso fiscale, dove è facile lavare denaro sporco, il così detto Money Laundering, e dove non esiste il reato di autoriciclaggio. Lo studio legale insiste nel ripetere come Panama offra svariate possibilità di lavaggio di denaro sporco, anche se sicuramente – si legge ancora - quella che piace di più agli italiani è acquistare prestigiosi immobili in Avenida Balboa, cuore pulsante e pittoresco e scenico quartiere di lusso. A Panama [...] praticamente non esiste professionista che legalmente, tramite strutture ad hoc, non consenta tali approcci. L'articolo si conclude confortando il lettore sul fatto che a Panama il segreto bancario esiste ed è vivo e vegeto, forte ed indissolubile. Di solito quindi l'interessato a evadere il Fisco, proteggendo i propri capitali, si rivolge a un professionista, che gli consiglia di rivolgersi a studi esperti in queste migrazioni e che a loro volta indirizzano la pratica del cliente verso uno di questi paesi, dove la segretezza bancaria è ancora a livelli massimi e le tasse sono bassissime. Qui si apre una società offshore, che non è una realtà, si badi, necessariamente illegale. In molti casi e paesi è lecito avere società in questi paradisi fiscali, a patto che tutte le attività siano dichiarate alle autorità del proprio paese. Chi sceglie questa opzione per investire il proprio denaro, sostiene che le società offshore facilitino il flusso di capitale a livello globale, consentendo a*

chi ha grandi disponibilità di denaro di evitare restrizioni e prelievi fiscali troppo alti da parte dello Stato. A livello etico, invece, le società offshore sono comunque ritenute discutibili, anche perché non rispetterebbero alcuni principi basilari dell'economia, come quello della *libera concorrenza*. Queste organizzazioni economiche sono infatti costruite sia per evadere le tasse, portando un vantaggio all'imprenditore rispetto ai suoi connazionali, operanti sul suolo statale di residenza, sia per riciclare o autoriciclare denaro proveniente da affari illegali. Una società offshore solitamente non ha bisogno nemmeno di grandi uffici. Basta una sede legale, che spesso coincide con una casella postale. Non serve trasferire le ricchezze nel *paradiso fiscale*. Il proprietario non possiede direttamente i beni, ma è invece schermato da una società fiduciaria, visto che la riservatezza garantita dalle amministrazioni del luogo impedisce di risalire allo stesso, che può così divenire *impossibile da rintracciare*. Con una serie di scappatoie legali e burocratiche, tali società possono registrare la maggior parte dei propri guadagni e delle transazioni economiche nella giurisdizione dei *paradisi fiscali* e quindi pagare, o *non pagare*, qui le tasse. Le offshore vengono spesso utilizzate come *intermediarie* tra aziende dello stesso gruppo, per evitare che i guadagni vengano tassati. Riprendendo un esempio di Nicholas Saxon<sup>57</sup>, proviamo a immaginare che una società prepari un container pieno di banane in Ecuador, che costi alla società 1.000 dollari. Ponendo che le venda a un supermercato francese per 3.000 dollari, tocca chiedersi quale paese, tra la Francia e l'Ecuador, prelevi le tasse su quel guadagno di 2.000 dollari. La risposta è: *ovunque lo decida la società*. La multinazionale mette su tre società, tutte di sua proprietà, *EcuadorCo*, *HavenCo* - mettiamo in un *paradiso fiscale* - e *FranceCo*. *EcuadorCo* vende il container a *HavenCo* per 1.000 dollari, e *HavenCo* le vende a *FranceCo* per 3.000

---

<sup>57</sup> Giornalista del *Guardian* ed esperto in evasione fiscale internazionale.

dollari. Praticamente è tutto qui, perché le banane di per sé non passano neanche vicino al *paradiso fiscale*, consistendo tutto questo solo in una questione burocratica. In pratica, a *EcuadorCo* è costato 1.000 dollari preparare il container, che ha venduto per altrettanti 1.000 dollari. Quindi *EcuadorCo* non registra guadagni, e perciò non deve pagare tasse. Allo stesso modo, *FranceCo* lo compra per 3.000 dollari e lo vende al supermercato per 3.000 dollari. Di nuovo, niente guadagni e niente tasse. *HavenCo* è la chiave del *puzzle*. Ha comprato il container per 1.000 dollari e lo ha rivenduto per 3.000, per un guadagno di 2.000 dollari. Ma ha sede in un *paradiso fiscale*, perciò non paga tasse. Nonostante i controlli esercitati dagli Stati per impedire che queste società intermediarie portino qui i guadagni e quindi le tasse - o le *non tasse* -, il lavoro di avvocati ed esperti di finanza le proteggono, trovando sempre nuovi modi per continuare a consentire questo tipo di transazioni. Dobbiamo poi considerare, come abbiamo peraltro già detto, che l'estero è ancora un luogo dove il potere delle pubbliche autorità, insieme al relativo prelievo tributario, non può purtroppo giungere. All'estero il potere amministrativo viene sostituito da quello di un altro Stato, in termini di uso della coercizione, di regimi tributari sulla ricchezza registrata e di capacità di individuare, al contrario, quella nascosta. L'evasione internazionale può riguardare la ricchezza non registrata e materialmente depositata in uno stato diverso, per sottrarla al Fisco del paese dove si svolge l'attività del titolare. Si tratta semplicemente di una base estera per frodi documentali a danno del paese dove l'attività economica è realmente basata. L'estero è difatti in molti modi una sponda, per la ricchezza fiscalmente non registrata, la gran parte della quale riguarda varie forme di dirottamento di una parte del prezzo, di acquisto o di vendita, su società estere interposte, riconducibili al titolare dell'azienda italiana. Le somme accumulate nella società estera interposta sono poi a disposizione del titolare, o di

chi per lui. Su questi presupposti si comprende la disposizione ex art. 110 del TUIR<sup>58</sup>, secondo cui i costi verso fornitori che siano residenti in paesi a bassa fiscalità siano deducibili soltanto in presenza di condizioni più rigorose. Questa disposizione anti-evasiva, che presuppone il suddetto rischio di ristorni in nero, rafforzando però anche il controllo dei rapporti infragruppo, richiede una attenta analisi del ruolo economico-tributario dell'entità estera, che potrebbe essere stata interposta dal fornitore effettivo ad un acquirente che le sia in realtà totalmente estraneo. E possiamo trovarci dinanzi anche una versione per così dire internazionale dell'evasione interpretativa, che sia connessa alla qualificazione della ricchezza visibile, registrata o comunque palese. È un riflesso della qualificazione giuridico-tributaria della ricchezza, stavolta in relazione alla sovranità statale in cui essa si colloca sul territorio. Entro certi limiti, questa collocazione riflette circostanze materiali genuine, poste in essere tuttavia in funzione di una *convenienza tributaria*<sup>59</sup>. Basti pensare alla dislocazione di una parte delle funzioni aziendali, ad alto valore aggiunto, per spostare la relativa tassazione dove le medesime siano ubicate. Lo stesso accade quando l'allocazione della ricchezza dipende da elementi con un collegamento territoriale debole, come la proprietà intellettuale, i marchi, i brevetti, la ricchezza finanziaria, il software o, perché no, le provvigioni. Si tratta generalmente di contestazioni in un certo senso interpretative, facilmente individuabili. La liberalizzazione degli scambi, anche comunitari, e della libertà di circolazione non è stata, tuttavia, seguita purtroppo da una altrettanta libertà di controlli oltre confine, non trattandosi difatti di attività economiche, quanto piuttosto di un pubblico potere. I *paradisi fiscali* come Panama vengono poi anche scelti, come è stato già detto, per la riservatezza dell'identità

---

<sup>58</sup> D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

<sup>59</sup> R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 63.

degli azionisti, non essendo i loro nomi registrati in nessun ufficio pubblico, ma solo nel *Libro dei soci* della società. Le azioni delle società offshore sono generalmente detenute infatti da intestatari fiduciari per ragioni di riservatezza, per proteggere il patrimonio o per evitare di dichiarare i capitali detenuti alle autorità finanziarie. Due meccanismi sono in particolare legati all'utilizzo *logistico* dei *paradisi fiscali*, e sono quello delle *scatole cinesi* e del gioco dei *doppi nomi*. Il primo caso deriva il suo nome dalla presenza di strutture societarie che richiamano il rompicapo asiatico fatto da più scatole di diverse dimensioni che è possibile inserire l'una nell'altra. Più nello specifico una *holding*, generalmente situata in un *paradiso fiscale*, detiene una quota di maggioranza di una società più piccola che, a sua volta, è controllante di una ulteriore società, e così via. Questo sistema consente alla holding di operare decisioni in società di cui possiede percentualmente una piccola quantità di capitale sociale, grazie alla catena di comando sopra descritta. Il secondo meccanismo, al contrario, consiste nel fondare due società aventi *lo stesso nome*, una con sede in un *paradiso fiscale* e l'altra situata in uno stato a fiscalità ordinaria. La prima società aprirà i conti in banca e gestirà la liquidità, mentre la seconda sarà impiegata per fatturare. Per ottenere il pagamento delle fatture emesse, al cliente verranno forniti gli estremi di un conto corrente aperto dalla società *offshore*, che non ha alcun collegamento con la sua omonima. Questo consente di occultare il capitale senza destare sospetti nel paese di residenza del cliente. Si pensi alla costituzione di due società *Alfa*, una con sede nelle Isole Cayman e l'altra invece in USA. In pratica la società statunitense, mentre fattura ad un cliente italiano, gli fornisce gli estremi di un conto alle Cayman. La Guardia di Finanza italiana attiverebbe i suoi controlli per una fattura proveniente dal *paradiso fiscale*, ma difficilmente si adopererà per verificare la fattura di una società statunitense.



### **3.15. *Segue: l'erronea convinzione che a Panama vi fossero soldi derivanti da evasione fiscale***

Tuttavia lo scandalo dei *Panama Papers*, contrariamente a quanto si potrebbe credere, riguarda soltanto in minima parte, e parliamo per lo più di calciatori e uomini dello spettacolo, conti correnti con risorse provenienti da evasione fiscale. Per il resto ci rimangono in mano soltanto *tangenti*. Nella vicenda in sostanza c'è poco dal punto di vista tributario. Il potente o il dittatore di turno, infatti, non ha certo timore del Fisco di casa propria, tenendo piuttosto a nascondere appunto tangenti e situazioni imbarazzanti ai propri nemici politici, magari aiutato anche dai cosiddetti *facilitatori*, pagati *estero su estero*. Visti i molti paesi di provenienza, molte delle persone che abbiamo visto coinvolte non temono il loro Fisco, ma i loro nemici politici. Occorre di conseguenza stare attenti a non caricare questa vicenda di *spirito anti-aziendale*. Tra le persone coinvolte infatti, nonostante vi siano nomi di diversi *vip*, come il calciatore Lionel Messi, il regista Pedro Almodovar, l'attore Jackie Chan e, tra gli italiani, il presidente di Alitalia, Luca Cordero di Montezemolo, e l'ex pilota di Formula Uno Jarno Trulli, la gran parte delle personalità di rilievo appartiene comunque alla categoria dei politici, capi di Stato, funzionari, faccendieri e tutto quel sottobosco legato ai rapporti tra politica ed affari, in particolar modo appartenenti a paesi del terzo mondo o comunque in via di sviluppo. In questo senso, non bisogna cadere in un confusionario sensazionalismo che porti alla tendenza culturale secondo cui, *siccome ci sono dei ricchi criminali, allora tutti i ricchi sono criminali*. In questo caso la gran parte dei nomi importanti è, come detto, di politici e semi-politici

o di persone che comunque gravitano nell'attività relazionale e affaristica con la politica. Nei conti riservati c'è il *prezzo* di queste relazioni e degli accreditamenti ottenuti per fare affari in determinati posti. Insomma, quelli che mettevano al riparo le loro ricchezze a Panama non cercavano di pagare meno tasse, cosa che invece cercano di fare le aziende, ma di nascondere del tutto attività illecite o compromettenti. Gran parte della vicenda, quindi, non è tributaria, e in un certo senso è sbagliato parlare di *paradiso fiscale*. I soldi di cui parliamo sono in gran parte provvigioni, tangenti, commissioni, entrate, che venivano nascoste perché si temevano polemiche o ritorsioni politiche, temendo i politici, da un lato, che le loro attività potessero essere strumentalizzate e, dall'altro, di diventare essi stessi politicamente deboli perché attaccabili da avversari che, probabilmente, se potessero farebbero la stessa cosa. Se entriamo difatti più nello specifico, notiamo che, a parte il primo ministro islandese e il padre del premier britannico David Cameron, tutti i politici coinvolti provengono da paesi in via di sviluppo, con un elevato tasso di corruzione e di instabilità politica. Parliamo di Georgia, Iraq, Qatar, Arabia Saudita, Cina, Ucraina, Sudan, Emirati Arabi e Russia. Per fare affari in questi paesi c'è sempre bisogno di qualcuno che ti accrediti, che faccia da intermediario con i governanti. Si capisce come questo non sia certamente un riflesso del capitalismo, quanto piuttosto una manifestazione di potere tradizionale, in cui la politica e la possibilità di portarla avanti chiedono un determinato prezzo, definito da Raffaello Lupi<sup>60</sup> come un *ibrido* tra le società precapitalistiche e l'economia finanziaria, dove il prezzo riscosso dalla classe politica o dal governo è spesso pericoloso. Pensiamo alla Cina, dove la corruzione è notoriamente

---

<sup>60</sup> Laureato in economia (1979) e giurisprudenza (1982), si è avvicinato all'organizzazione sociale dal punto di vista del diritto, come ordinario di diritto tributario dal 1990, oggi presso l'università di Roma – Tor Vergata. Ha elaborato la teoria della tassazione attraverso le aziende, spiegando l'evasione fiscale, al di là di laceranti moralismi, come difficoltà della pubblica amministrazione di richiedere le imposte dove le aziende non arrivano o sono inaffidabili.

diffusa, ma ogni tanto si fa una campagna anti-corrruzione contro quelli meno potenti o caduti in disgrazia. Verrebbe da dire che *nei paesi in via di sviluppo*, in sostanza, *il torto e la ragione si misurano in una certa misura col potere politico*<sup>61</sup>. E il tema patrimoniale è usato spesso in queste battaglie, come insegna la vicenda dell'oppositore russo Mikhail Khodorkovsky<sup>62</sup>, eliminato dal governo con l'accusa di aver commesso reati finanziari. Tutto questo per sostenere come il tema dell'evasione fiscale, nella vicenda dei *Panama Papers*, non sia poi così rilevante. Ci rendiamo ancora più conto della questione se pensiamo che, nei paesi dei leader politici coinvolti, la pressione fiscale è di per sé bassissima e se anche fosse stata zero, i soldi sarebbero stati comunque occultati in posti con tasse più elevate. In conclusione, dobbiamo comprendere come il problema qui non sia fiscale, o principalmente tale, ma *politico*, e consista nel non farsi accusare dagli avversari. Se decidiamo di usare comunque l'espressione *paradiso fiscale*, dobbiamo intenderla come sinonimo di *riservatezza*, non tuttavia rispetto al Fisco quanto al contrario ai nemici politici di turno. Più che di *paradiso fiscale*, dovremmo quindi parlare di *paradiso politico*. La ricchezza non registrata fiscalmente viene oggi, in sostanza, sempre meno portata all'estero, mentre invece più spesso vi si forma direttamente, peraltro nei modi sopra indicati quali, lo ricordiamo, la delocalizzazione dei ricavi o le fatture gonfiate. Il regime del c.d. *monitoraggio fiscale* delle attività estere era invece stato concepito per evitare che titolari di redditi finanziari trasferissero all'estero i relativi capitali per detassarne il frutto, secondo un meccanismo di segnalazione basato sulla cooperazione delle banche e sull'autodichiarazione del destinatario, accompagnato da

---

<sup>61</sup> Così R. Lupi in Luciano Capone, *Panama Papers, perché è sbagliato parlare di paradiso fiscale*, <<Il Foglio>>, 5 aprile 2008.

<sup>62</sup> Laureato in ingegneria chimica (1986), è un imprenditore russo e uno degli uomini più potenti in Russia, forte oppositore del Presidente Vladimir Putin.

sanzioni a prima vista fortissime. Si tratta pur sempre, tuttavia, di un sistema che non permette in alcun modo al Fisco di investigare all'estero, se non con richieste nominative ai diversi paesi, e quindi con modalità che renderebbero tale attività sostanzialmente impraticabile su larga scala<sup>63</sup>. Siamo invece in un'era nella quale la ricchezza non registrata nasce direttamente all'estero, mentre l'idea delle auto che vanno in Svizzera col bagagliaio pieno di contanti altro non è oramai che un retaggio del passato.

### **3.16. Il continuo ricorso ai condoni come ulteriore risultato della confusione in tema di determinazione della ricchezza**

È tuttavia proprio su questo concetto che sono nati i vari scudi fiscali, cui era stata aggiunta una sanatoria eccessivamente vantaggiosa dell'eventuale capitale che fosse stato posto in piedi a partire da ricchezza non registrata e derivandosi, per chi avesse costituito i capitali esteri in evasione d'imposta, ancora accertabile, un'occasione troppo conveniente di condono fiscale<sup>64</sup>. La trascuratezza per la spiegazione amministrativistico-economica dei tributi è oggettivamente l'anticamera dei condoni, che riflettono il consueto disorientamento collettivo sulla determinazione della ricchezza ai fini tributari. E' stato questo a provocare i condoni, e non viceversa. Invece di criticarli con le solite riflessioni estemporanee alla portata di tutti, gli studiosi avrebbero dovuto capirne le cause remote sul piano della determinazione della

---

<sup>63</sup> R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 64.

<sup>64</sup> R. Lupi, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 171 e *Compendio*, cit., p. 64 e v. Giovanna Ricoveri, *Scudo fiscale: lo strano caso di un'emersione a volto coperto*, <<il Fatto Quotidiano>>, 16 novembre 2013.

ricchezza, visto che quelli degli ultimi quarant'anni non appaiono come uno strumento di politica tributaria, bensì di gettito. Essi costituiscono infatti un estremo tentativo di raggiungere la ricchezza non determinata dalle aziende e non emersa in autotassazione, apparendo come una specie di seconda richiesta delle imposte, effettuata anch'essa per legge come la prima, con cui si spera di recuperare una parte della massa di ricchezza fiscalmente non registrata. Il condono è appunto una seconda richiesta dei tributi in base alla legge, che pragmaticamente tenta di vendere ai contribuenti una tranquillità da un rischio virtuale di un controllo, in cambio del prezzo del condono, e che può essere variamente costruita. I primi condoni chiedevano una maggiorazione dell'imposta a suo tempo pagata, il che premiava platealmente chi aveva dichiarato di meno, mentre il condono del 1982<sup>65</sup> arrivava alla possibilità estrema di definire anche le omesse dichiarazioni con una cifra forfettaria. Inoltre i condoni successivi, ciclicamente succedutisi fino al 2002, hanno introdotto dei correttivi, col tentativo di calcolare imponibili standard con cui confrontare il dichiarato, anche in base alla coerenza e congruità rispetto agli studi di settore. Alla base di queste misure ci sono state alcune intuizioni, sfocate ma corrette, da parte della classe dirigente, istituzionale e politica, e tuttavia con l'orizzonte di una manovra annuale di bilancio, e quindi estremamente breve. Il condono si presenta bene, sul piano della gestione del consenso, essendo una imposta volontaria che permette di evitare gli attacchi politici collegati all'introduzione di nuovi tributi, o all'inasprimento di quelli esistenti, e che rappresenta un espediente per costruire manovre finanziarie di breve periodo. La politica ha inoltre compreso le difficoltà di superare la situazione descritta in questo testo nel breve arco di un governo, per mancanza

---

<sup>65</sup> Istituito con d.l. 10 luglio 1982, n. 429.

di tempo e di strumenti culturali per progettare una tassazione valutativa sulla ricchezza non registrata, ostacoli davanti ai quali il condono è sempre apparso come una specie di compromesso, con cui sfruttare le stesse asimmetrie informative grazie alle quali i lavoratori indipendenti nel complesso sovrastimano le capacità di intervento dei pubblici uffici nella determinazione della ricchezza. La politica ha cercato, in sostanza, di profittare della consapevolezza di tanti operatori di aver occultato una quota cospicua di ricchezza, e di un loro timore di essere controllati, eccedente le possibilità effettive di credibile controllo valutativo da parte degli uffici. È quindi riduttivo spiegare i condoni come *favori agli evasori*, che per parte loro avrebbero preferito evitarne il relativo costo, com'è confermato dalle frequenti affermazioni di molti lavoratori indipendenti, che dichiarano di non aver mai pagato tante imposte *come nel periodo del condono*<sup>66</sup>. Gli inconvenienti dello scudo fiscale ne superano inoltre largamente, nel complesso, i vantaggi. Solo che questi ultimi sono immediati, in termini di gettito e confezionamento delle manovre di bilancio, mentre gli inconvenienti sono differiti al futuro. La politica, attenta al consenso e alla coesione sociale, è stata sempre inevitabilmente più preoccupata dell'immediato, anche in assenza di sistematizzazioni della tassazione attraverso le aziende. Basta vedere le cifre, per capire come il gettito annuale dei condoni sia stato sempre molto superiore a quello dei controlli fiscali, conciliandosi peraltro bene con la tendenza ad amministrare per legge e con quella degli uffici a non valutare la ricchezza non registrata, spostando tale attività verso l'altro, verso il vertice, con una responsabilità solo politica. Il lato oscuro dei condoni non consiste tanto nella rinuncia alle possibilità di controllo effettive, da cui deriva senza dubbio un gettito inferiore, ma nella sensazione di debolezza della richiesta delle imposte. Alla lunga, quindi, la suddetta

---

<sup>66</sup> R. Lupi, *Compendio*, cit., p. 155.

tassazione per condono non può funzionare, perché i contribuenti semplicemente mangiano la foglia, non essendo più disposti a pagare per mettersi al riparo da un controllo che vedono sempre meno probabile. Risulta evidente, in sostanza, come i ricorrenti condoni cannibalizzino sé stessi, vanificando l'effetto dissuasivo dei controlli, e incoraggiando per il futuro la mancata registrazione fiscale della ricchezza. Perché i condoni sono il riflesso, non la causa, del disorientamento collettivo in materia di determinazione tributaristica della ricchezza.

### **3.17. La *voluntary disclosure*, pur diversa dai precedenti condoni, comunque frutto del caos in materia fiscale**

Invece la *voluntary disclosure*, introdotta in combinato con il neonato art. 648-ter.1 c.p., ha avuto sicuramente uno spettro di applicazione più ampio, perché di fatto slegato, o meglio ulteriore, rispetto alla disciplina del *monitoraggio fiscale*, tanto è vero che sono stati ammessi alla sanatoria anche i soggetti *Ires* e i contribuenti italiani che avessero commesso violazioni puramente domestiche<sup>67</sup>. Mentre il costo dello scudo fiscale era paradossalmente più alto per chi aveva meno peccati da farsi perdonare, essendo invece molto attraente per gli evasori veri e propri, con la *voluntary* il discorso è stato inverso, seguendo un'impostazione analitica, sulla base dell'esempio degli Stati Uniti e degli altri Paesi che hanno adottato simili provvedimenti. Il contribuente, infatti, ha dovuto ricostruire ogni operazione sottratta a tassazione negli anni ancora soggetti ad accertamento da parte dell'Amministrazione e

---

<sup>67</sup> Art. 5-quater d.l. 28 giugno 1990, n. 167, inserito dalla l. 15 dicembre 2014, n. 186.

pagare conseguentemente tutti i tributi inizialmente non corrisposti, quali *Ires, Irpef, Irap e Iva*, oltre ai relativi contributi. L'assenza di anonimato ha costituito per l'amministrazione una grande occasione di ulteriore mappatura dell'economia sommersa, dal momento che, tramite l'accesso a dati di dettaglio, sarà possibile, da una posizione, risalire a quelle di altri soggetti anche solo potenzialmente interessati alla medesima *voluntary*, ad esempio per i rapporti soci/società o sostituti di imposta/sostituiti, e altre ipotesi ancora. Anche questa misura è stata tuttavia frutto della confusione generale in materia tributaria. Se per i casi di dichiarazione fraudolenta il discorso da farsi è leggermente diverso, pur essendoci *sconti* di pena fino alla metà in caso di integrale riparazione del debito tributario<sup>68</sup>, cui dovremmo aggiungere misure premiali di esclusione della punibilità per ulteriori condotte in determinati casi<sup>69</sup>, in generale risulta palese una certa contraddittorietà sul tema. È pur vero infatti che con la *voluntary* è stata prevista, nello specifico, una relativa garanzia penale sia per i casi di omessa dichiarazione che per quelli di dichiarazione fraudolenta<sup>70</sup>, ma è altrettanto vero che le informazioni sarebbero state comunque inoltrate alle Procure, che avrebbero potuto interpretarle successivamente a proprio piacimento<sup>71</sup>. È stato previsto poi, da un lato, il pagamento integrale delle imposte arretrate e, dall'altro, una riduzione fino alla metà del minimo<sup>72</sup> della sanzione per l'omesso monitoraggio fiscale e a un sesto del minimo<sup>73</sup> per le violazioni in materia di imposte sui redditi, che è poi la medesima misura prevista per il caso di *adesione*<sup>74</sup>, istituto che rimarrà in vigore fino agli inviti notificati entro il 31 dicembre

---

<sup>68</sup> Art. 13-bis d.lgs. 10 marzo 2000, da ultimo sostituito dall'art. 12 d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

<sup>69</sup> Art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000, da ultimo sostituito dall'art. 1 d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

<sup>70</sup> Art. 5-quinquies d.l. 28 giugno 1990, n. 167 inserito dall'art. 1 l. 15 dicembre 2014, n. 186.

<sup>71</sup> Art. 5-quater d.l. 28 giugno 1990, n. 167, inserito dall'art. 1 l. 15 dicembre 2014, n. 186.

<sup>72</sup> Art. 5-quinquies d.l. 28 giugno 1990, inserito dall'art. 1 l. 15 dicembre 2014, n. 186.

<sup>73</sup> Art. 5-quater d.l. 28 giugno 1990, n. 167, inserito dall'art. 1 l. 15 dicembre 2014, n. 186.

<sup>74</sup> Art. 5 d.l. 19 giugno 1997, n. 218.



2016. Per non parlare poi delle successive modificazioni che sono state apportate alla materia, con l’inserimento di un vero e proprio *condono permanente*, che cancella il reato di infedele dichiarazione ove il *pizzicato* si affretti a pagare solo un quinto del minimo della sanzione prevista anche, si badi, successivamente alla contestazione delle violazioni<sup>75</sup>. Con la differenza che sia per il precedente accertamento con adesione, sia per il nuovo *condono permanente – ravvedimento operoso*, si poteva e si può tranquillamente attendere un controllo del Fisco che mai sarebbe arrivato e mai arriverà, mentre la *voluntary* pretendeva addirittura una piena auto-denuncia, praticamente a parità di sanzione e comunque con lo spettro di una possibile attività delle Procure. Risulta chiaro come, in sostanza, non si sappia bene dove mettere le mani, nel momento in cui si cerchi di recuperare – con una visione a breve termine – gettito attraverso una serie di misure che nel complesso finiscono per annullarsi. Questa *disclosure* è convenuta in realtà soltanto a chi detenesse la maggior parte dei capitali all’estero, storicamente costituiti e mai alimentati nel tempo, e avesse la volontà di riportarli in Italia. Gli italiani interessati dal provvedimento sono stati infatti soprattutto figli di persone che avevano portato un milione o due in Svizzera negli anni '70, per paura che nel nostro paese arrivassero i comunisti al potere. È da tenere peraltro in conto, al di là di tutto, che vi sono comunque altri modi per far rientrare dei capitali storicamente costituitisi all’estero, ad esempio tramite la costituzione di fondi di investimento per aumenti di capitale con prestiti dalle banche, con soldi che in realtà sarebbero comunque dell’interessato. È palese e ormai riconosciuta, del resto, anche l’inutilità dello stesso monitoraggio fiscale, misura che nel tempo non ha mai scovato un centesimo di evasione, tranne qualche caso in cui

---

<sup>75</sup> Art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, da ultimo sostituito dall’art. 11 d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 e art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, modificato dall’art. 1 co. 637 d.l. 23 dicembre 2014, n. 190.

questo sia emerso in misura collaterale a eventi diversi<sup>76</sup>. Il problema, come abbiamo avuto più volte modo di sottolineare, deriva da una drammatizzazione sociale, con uno scontro ormai totalmente nervoso e irrazionale, in cui non si ragiona nemmeno più. La politica pensa all'immagine, e il legislatore interviene soltanto perché il popolo si aspetta che qualcuno risolva i problemi. Allora ci si inventa qualcosa che alimenti le conferenze stampa, mentre la gente, che ha la memoria di un pesce rosso, ogni volta è pronta a ridiscutere tutti questi interventi, credendo e forse sperando che possano essere dei provvedimenti davvero risolutivi.

---

<sup>76</sup> V. casi di Menarini (cfr. Fondazione Studi Tributarî, *Capitalismo familiare e ricchezza nascosta: leggendo i giornali sul caso Menarini*, in *Dialoghi Tributarî*, 2010, 6, pag. 594) e Marangoni (E. Melchiorre, R. Lupi, *Capitalismo familiare e ricchezza nascosta: le memorie di un direttore amministrativo*, in *Dialoghi Tributarî*, 2011, 1, pag. 27).

## CAPITOLO 4

# LICEITA' DELLE ATTIVITA' ECONOMICHE DA CUI DERIVA L'EVASIONE

SOMMARIO: 4.1. La pluralità di disvalori alla base del riciclaggio e dell'autoriciclaggio e la loro convivenza con i reati tributari - 4.2. L'evoluzione giurisprudenziale sull'includibilità dei proventi da evasione fiscale nelle *altre utilità* - 4.3. Il problema della confiscabilità dei proventi da evasione a conferma della difficoltosa individuazione degli stessi - 4.4. *Segue*: lo sfasamento temporale tra il momento della condotta evasiva e quello di riciclaggio o autoriciclaggio come ulteriore difficoltà applicativa - 4.5. *Segue*: la questione della soglia di punibilità nell'accertamento del reato fiscale e di quello successivo di (auto)ri-ciclaggio - 4.6. *Segue*: la fungibilità del denaro, oggetto di evasione fiscale, come ulteriore problema all'applicazione della fattispecie di *autoriciclaggio* - 4.7. L'illusione di poter affrontare la determinazione dei tributi in chiave penalistica - 4.8. La natura di palese liceità dei proventi da evasione fiscale rispetto a quelli derivanti da diversi reati - 4.9. *Segue*: la responsabilità dei giuristi nel complicato rapporto tra riciclaggio, autoriciclaggio ed evasione - 4.10. *Segue*: lo sfasamento tra riciclaggio e autoriciclaggio e l'apparenza lecita già presente nel provento di evasione fiscale - 4.11. *Segue*: evasione come momento successivo rispetto a quello della produzione *lecita* di ricchezza - 4.12. *Segue*: il rischio di andare a punire per autoriciclaggio chi non credeva nemmeno di aver evaso - 4.13. Il diverso reato di *ostruzionismo alle indagini fiscali* come possibile soluzione.

### 4.1. La pluralità di disvalori alla base dell'autoriciclaggio e la loro convivenza con i reati tributari

La finalità *sussidiaria* del riciclaggio ha fatto sì che in breve tempo l'applicazione della fattispecie venisse estesa anche ad altri reati presupposto. In particolare, abbiamo visto che, con la l. 55/1990, questo è avvenuto con i beni provento di traffico illecito di armi e di sostanze stupefacenti, mentre con la l. 328/1993, con cui l'Italia, ricordiamo, ha ratificato la *Convenzione sul riciclaggio*, sono divenuti reati presupposto tutti i delitti non colposi. In questo modo, però, la fattispecie originaria ha perso il

suo stretto rapporto iniziale con il patrimonio, mutando inevitabilmente la propria natura. Si pensi, ad esempio, al riciclaggio di proventi derivanti dal traffico illecito di armi. Sin troppo evidente, infatti, come in questo caso il reato presupposto non danneggi il patrimonio di nessuno, dal momento che la ricchezza illecitamente creata non proviene dalla spoliazione clandestina, fraudolenta o violenta del patrimonio di terzi. Al contrario, vi è una ricchezza creata illecitamente dal nulla e, per di più, collegata ad un'attività, quale il traffico di armi, connotata da una forte pericolosità sociale. E lo stesso dicasi per il traffico di stupefacenti. Non v'è dubbio, allora, che la *ratio* incriminatrice sia profondamente mutata, rispetto all'idea originaria del legislatore. La finalità della norma, infatti, non è più quella di tutelare il patrimonio di un soggetto determinato, ma di evitare il successivo utilizzo dei proventi dell'attività illecita, a prescindere dal danno arrecato al patrimonio di terzi, evitando in particolare che i proventi di un'attività illecita vengano immessi nel tessuto economico, alterandone pericolosamente gli equilibri ed il funzionamento. La disponibilità di capitali illeciti, si pensa, inquina infatti il corretto funzionamento del mercato, arrecando un serio danno non soltanto ai soggetti che conducono onestamente i propri affari, ma al sistema in generale. È in quest'ottica che si inquadra anche la fattispecie del reimpiego, di cui all'art. 648-ter c.p. Si ritiene che chi dispone di capitali illeciti avrà la possibilità di praticare sul mercato prezzi più bassi, oppure di investire senza ricorrere agli ordinari canali di credito, potendone evitare in questo modo i relativi oneri economici. Non v'è dubbio, si badi, che ciò accada spesso anche con i reati tributari. Chi non versa l'IVA, ad esempio nelle cd. *frodi carosello*<sup>1</sup>, oltre ad ottenere

---

<sup>1</sup> Operazioni apparentemente *neutre*, tramite cui un imprenditore che voglia importare prodotti dall'estero, da rivendere in Italia, allo scopo di far *rientrare* l'Iva utilizza *società di comodo* costituite ad hoc e normalmente con sede legale all'estero. In pratica il soggetto acquirente versa l'Iva a tale società, che invece di versarla allo Stato come previsto dal sistema fiscale, la farà rientrare nella disponibilità del soggetto di partenza, che avrà recuperato l'intero importo.

risorse finanziarie a costo zero, può praticare prezzi sul mercato in grado di sbaragliare la concorrenza, acquisendo di fatto una posizione di monopolio o comunque di grande vantaggio e costringendo gli altri operatori economici del settore al fallimento oppure, nella migliore delle ipotesi per questi, a non versare l'IVA anch'essi. Eppure, nonostante le modifiche e gli ampliamenti, un dato è rimasto costante nel tempo, rappresentando una sorta di tabù apparentemente inviolabile, quale la non punibilità dell'autore del reato presupposto o di chi comunque vi abbia concorso. Il fondamento dell'esenzione della punibilità dovrebbe essere rinvenuto innanzitutto nel principio del *ne bis in idem* sostanziale. Chi si impossessa illecitamente di un bene, così come anche chi crea illecitamente ricchezza, o chi concorre con essi, lo fa senz'altro per godere dei frutti della propria attività. Proprio per questo, si riteneva unanimemente che nel disvalore del reato presupposto vi fosse ricompreso anche quello rappresentato dall'indebito arricchimento. Chi commette un furto, si pensava, viene punito non soltanto per aver sottratto la cosa mobile altrui, ma anche perché con tale sottrazione si è arricchito indebitamente, trattandosi di due facce della stessa medaglia, o meglio di un unico fatto visto da opposte prospettive. Punire, dunque, l'utilizzo successivo che il soggetto facesse del bene ottenuto illecitamente sarebbe equivalso a punire il soggetto due volte per il medesimo fatto. Proviamo a estendere adesso il discorso ai reati tributari. Immaginiamo che un contribuente non versasse le imposte dovute indicando costi fittizi, per poi reimpiegare i proventi dell'evasione nella propria impresa, ovvero acquistando un immobile o un'automobile di lusso. Come accade anche per il furto, il soggetto sarebbe stato punito non soltanto per aver arrecato un danno economico all'Erario, ma anche per essersi arricchito indebitamente non versando le imposte dovute. Come detto, danno e profitto si pensava fossero due aspetti di un medesimo fatto, a seconda che

lo si vedesse dalla prospettiva dell'Erario ovvero del contribuente infedele. Ebbene, nell'esempio appena prospettato, quest'ultimo poneva in essere senza dubbio una condotta di autoriciclaggio o di autoimpiego. Acquistando immobili o autovetture con il provento dell'evasione, avrebbe sostituito, infatti, il denaro ottenuto illecitamente, così come richiesto dal disposto dell'art. 648-bis c.p. Nel caso in cui, poi, avesse deciso di reimmettere la ricchezza illecita nella propria impresa, avrebbe dovuto necessariamente falsificare il bilancio, oppure effettuare un finanziamento soci, o ancora un aumento di capitale. In ogni caso sarebbero state compiute operazioni volte ad *ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa* del denaro, come dire, ripulito. Come, però, si diceva poc'anzi, il danno all'Erario ed il corrispondente arricchimento del contribuente infedele non sono gli unici effetti del reato tributario commesso. Dobbiamo infatti pensare anche al danno al sistema economico, derivante dalla libera disponibilità di denaro o beni di provenienza delittuosa in capo all'autore del reato presupposto. Per chiarire ulteriormente il concetto, torniamo all'esempio del contribuente-imprenditore che, pur avendola incassata, ometta di versare l'IVA. Ebbene, quello stesso contribuente, con i proventi dell'evasione fiscale, potrebbe acquistare automobili di lusso, immobili, imbarcazioni o anche viaggiare. Il danno sociale arrecato da simili condotte consisterebbe nell'aver sottratto ricchezza alla collettività ed il disvalore troverebbe piena soddisfazione nella fattispecie incriminatrice. Diverso risulta esser il discorso se il mancato versamento dell'IVA dovesse garantire al contribuente-imprenditore una disposizione di liquidità a costo zero. Il disvalore della condotta posta in essere non risiederebbe più, infatti, nella sola sottrazione di ricchezza all'Amministrazione finanziaria e nel conseguente arricchimento, ma anche nell'*inquinamento* dell'economia. Disvalore che, però, non trova riscontro nelle fattispecie penal-tributarie. Le fattispecie di

reato contenute nel d.lgs. n. 74/2000 si limitano, infatti, a regolare i rapporti tra contribuente ed Erario e non quelli tra contribuente e sistema economico in generale. Questo ci induce allora a ritenere che la punibilità dell'autoriciclaggio sembrerebbe essere ingiustificata, nel caso in cui il disvalore della condotta tenuta dal contribuente resti comunque assorbito da quello del reato tributario presupposto, mentre sembrerebbe legittimo punire il cd. *autoimpiego* di capitali di provenienza illecita, il cui disvalore, come detto, resterebbe al di fuori del perimetro del reato presupposto.

#### **4.2. L'evoluzione giurisprudenziale sull'includibilità dei proventi da evasione fiscale nelle *altre utilità***

Tuttavia l'evasione fiscale richiede un adattamento, riferendosi a somme derivanti da una attività lecita del contribuente, che però ne ha omesso in tutto o in parte la dichiarazione al Fisco. In questo caso infatti, essendo le risorse finanziarie di sua proprietà, i presupposti del riciclaggio e dell'autoriciclaggio vanno adattati. Prima di tutto i terzi e gli enti finanziari, una volta verificata la legittimità del possesso dei fondi, non possono intromettersi in compiti sostitutivi a quelli dell'Agenzia delle Entrate nel verificare le dichiarazioni tributarie dei loro clienti. Inoltre è difficile che un'evasione, che solitamente distoglie risorse da una attività economica a beneficio personale, sia usata per gli impieghi finanziari od economici cui si riferisce il nuovo reato di autoriciclaggio. In realtà, come detto, il rapporto tra il reato del riciclaggio, di cui all'art. 648-bis c.p., e i reati tributari, mai previsti né, tuttavia, esclusi dallo stesso, non è mai stato particolarmente idilliaco. Nel tempo è come se un parere

favorevole all'includibilità di detti reati si sia formato in modo forzato e innaturale, più per l'esigenza di non lasciare scoperta una grossa fetta di attività criminosa, che per un *intimo convincimento giuridico*. Sia nel 1992<sup>2</sup> che nel 2007<sup>3</sup>, infatti, la Suprema Corte ha ribadito con forza come un reato di natura tributaria non potesse mai portare a un arricchimento patrimoniale, quanto piuttosto a un più semplice risparmio, teso ad evitare un depauperamento del soggetto agente. Di conseguenza, oggetto del reato di riciclaggio, e quindi *per relationem* anche dell'odierno autoriciclaggio, avrebbe potuto essere esclusivamente una *attività economicamente apprezzabile*, che peraltro provenisse direttamente dalla commissione del reato presupposto. Tale attività, in sostanza, non avrebbe potuto che tradursi nel *profitto*, quale vantaggio economico ricavato *direttamente* dal reato, o nel *prodotto* dello stesso, quale frutto, oggetto materiale, direttamente generato dall'attività criminosa. Concetti, comunque, rientranti nel più grande calderone di *provento*, nel senso di una *diretta derivazione* dall'attività criminosa posta in essere. Successivamente tuttavia la Suprema Corte ha ritenuto di poter includere, tra i profitti passibili di confisca, anche un risparmio di imposta, tenendo conto, da un lato, del fatto che né l'art. 648-bis né il 648-ter.1 c.p. specificano di più in merito, limitandosi semplicemente a parlare di *delitto* non colposo e, dall'altro, che il legislatore utilizza, nell'indicazione dell'oggetto di tali reati, la dicitura *denaro, beni o altre utilità*, portando a ritenere quest'ultimo elemento in particolare, quello rappresentato dalle *altre utilità*, null'altro che un dispositivo di chiusura, che permetta di includervi in

---

<sup>2</sup> Cass. Pen., sez. III, 7 dicembre 1992, n. 2206. Disponibile su <http://www.onorarimilano.it>.

<sup>3</sup> Cass. Pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 38600. Disponibile su <http://www.corsomagistratitributari.unimi.it>.



realtà qualsiasi forma di arricchimento, compreso quindi quello da mancato depauperamento<sup>4</sup>. Tutto ciò trova riscontro nel fatto, poi, che sia la stessa l. 186/2014, quella cioè di introduzione della *voluntary disclosure* all'art. 1 e dell'autoriciclaggio all'art. 3, a escludere la punibilità per l'autoriciclaggio, il riciclaggio o anche il reimpiego che siano stati commessi in relazione a *quei* determinati delitti introdotti con il d.lgs. 74/2000 che a loro volta, in caso di procedura di collaborazione, non vengono puniti.

#### **4.3. Il problema della confiscabilità dei proventi da evasione a conferma della difficoltosa individuazione degli stessi**

La problematica riguardante l'individuazione del provento da evasione si è fatta sentire anche in tema di confisca. È ormai data per assodata la possibilità che tale provvedimento vada a colpire denaro differente da quello specificamente ricavato dal delitto presupposto, e si evidenzia come quello specifico denaro, ottenuto in maniera illecita, si confonda con il resto del patrimonio dell'agente una volta entrato a far parte dello stesso. Ma, una volta appurato ciò, è affiorato il problema di capire se tale tipo di misura fosse applicabile anche ai profitti dei reati tributari, ed in particolare nella forma della confisca *per equivalente*, giungendo talvolta a risposte affermative. Proprio in tal senso le Sezioni Unite hanno sostenuto come la confisca di

---

<sup>4</sup> Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 2012, n. 6061, in *Diritto Penale Tributario*. Disponibile su <http://www.diritto penale tributario.net>.

un profitto costituito da denaro o da beni fungibili non fosse da intendersi *per equivalente* ma *diretta*<sup>5</sup>, e che un *sequestro preventivo* di denaro o di altri beni fungibili, oltre che di beni *direttamente* riconducibili al profitto del reato tributario commesso, fosse sempre possibile quando questo fosse nella disponibilità del reo. Tuttavia, se tale problematica rientra nel tema della confisca, altra cosa è capire, invece, se sia configurabile o meno il reato di riciclaggio o autoriciclaggio a seguito di un reato fiscale, e specificatamente di quello che porti *semplicemente* a un risparmio d'imposta e non, propriamente, a un incremento patrimoniale. E per poter analizzare la questione dobbiamo tornare a fare riferimento proprio al problema della confiscabilità a seguito di reati tributari. Nel 2004 sempre le Sezioni Unite della Cassazione avevano stabilito come non fosse necessaria, ai fini del sequestro, l'identificazione del denaro che costituisse lo specifico *risultato empirico della condotta esecutiva criminosa* come *immediata conseguenza materiale di essa*, basando tale orientamento sulla *fungibilità* del denaro come mezzo di pagamento<sup>6</sup>. Ciò avrebbe potuto portare a conseguenze imprevedibili, rischiando di arrivare a ritenere comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto indiziato di reato tributario, senza doversi preoccupare necessariamente dell'effettiva *provenienza* del denaro sequestrato da un reato tributario. Pericolo sventato dalla medesima sentenza, nel punto in cui sosteneva la inderogabilità dell'esistenza di un *rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale* tra il denaro e il reato presupposto, perché si potesse provvedere a sequestro. Ma sempre nel 2014 la

---

<sup>5</sup> Cass. Pen., Sez. Unite 5 marzo 2014, n. 10561, in *Giurisprudenza Penale*. Disponibile su <http://www.giurisprudenzapenale.com>.

<sup>6</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 24 maggio 2004, n. 29951, in *Giurisprudenza Penale*. Disponibile su <http://www.giurisprudenzapenale.com>.

stessa Cassazione<sup>7</sup>, contraddicendosi, ha al contrario riconosciuto come il sequestro a seguito della consumazione di un reato tributario (o, meglio, dovremmo dire di alcuni reati tributari) non potesse che avvenire nella forma *per equivalente*, non avendo mai avuto, in realtà, il denaro risparmiato una propria *materialità fisica*, ma consistendo soltanto in una *immaterialità contabile*. Quest'ultima sentenza, in particolare, non aiuta ad ammettere, quali reati presupposto di un ipotetico delitto di autoriciclaggio, anche determinati reati tributari. Sostenendo e ribadendo, infatti, l'immaterialità del denaro *mantenuto, più che ottenuto*, da uno di tali reati, o meglio, ribadiamolo, da qualcuno di questi, si arriva facilmente a dubitare dell'effettiva esistenza, in tali casi, di un oggetto materiale della condotta di autoriciclaggio. Per comprendere più facilmente la questione, si ritiene che siano opportuni due esempi contrapposti. Il primo è costituito dal reato di frode fiscale mediante l'emissione di fatture false<sup>8</sup>. È la condotta di chi, al fine di evadere l'IRPEF o l'IVA, indica, in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, *elementi passivi fittizi* avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, che siano stati registrati nelle scritture contabili obbligatorie o che siano detenuti, a fine di prova, nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. In questo caso, a fronte di una fattura falsa, viene ceduta, ad esempio, una somma di denaro come pagamento che, successivamente, potrà essere ripulito mediante deposito su conto bancario. Come si può ben intuire, in questo caso risulta facilmente apprezzabile, individuabile, l'oggetto materiale del reato fiscale e, di conseguenza, dell'eventuale e susseguente riciclaggio o autoriciclaggio. Il secondo esempio è dato invece dalla dichiarazione infedele<sup>9</sup>, posta

---

<sup>7</sup> Cass. Pen., Sez. III, 28 novembre 2014, n. 49630, in *Diritto e Giustizia*. Disponibile su <http://www.dirittoegustizia.it>.

<sup>8</sup> Art. 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

<sup>9</sup> Art. 4 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

in essere da chi, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indichi in una delle dichiarazioni annuali, relative a dette imposte, elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti. Supponiamo ora che, da tale condotta, scaturisca un'evasione di 50, nella forma non di un ipotetico arricchimento, quanto piuttosto di un mero risparmio d'imposta. In tal caso, dovrebbe essere possibile sequestrare una somma di denaro che abbia valore corrispondente a quella evasa, almeno *per equivalente*. Questa casistica ci pone di fronte a una situazione sottilmente ma drasticamente diversa dalla prima esaminata. Mentre in quella, infatti, il denaro *ricavato* a seguito della fatturazione fittizia risultava facilmente individuabile, separabile e, di conseguenza, direttamente impiegabile nella condotta di riciclaggio o autoriciclaggio, quello *risparmiato* tramite dichiarazione infedele non è, al contrario, altrettanto semplice da individuare e identificare. Peraltro, pur *andandolo a colpire*, con un sequestro prima e una confisca poi, non si può certo dire che esso abbia potuto rappresentare l'oggetto materiale di un'ipotetica e successiva condotta di riciclaggio o autoriciclaggio. Il concetto appare decisamente più chiaro se andiamo ad analizzare un esempio ulteriore. Poniamo il caso che l'evasore che abbiamo testé incontrato sia assolutamente privo di liquidità, supponendo che abbia evaso, come prima, una somma di 50. Ora, nel momento in cui si trovi a ricevere dalla banca un finanziamento pure di 50, sarà possibile, nel caso di specie, andare a colpire esattamente quel denaro, anche qui, tutt'al più, nella forma *per equivalente*, pur risultando ancora più palese, rispetto all'esempio precedente, come risulti difficile individuare in quel denaro l'oggetto materiale delle condotte di cui agli artt. 648-bis o ter.1 o, perché no, anche all'art. 648-ter c.p. Tuttavia, quello della identificabilità dell'oggetto materiale di tali condotte non è l'unico problema che fa traballare il legame tra queste e i reati fiscali.

#### **4.4. *Segue*: lo sfasamento temporale tra il momento della condotta evasiva e quello di riciclaggio o autoriciclaggio come ulteriore difficoltà applicativa**

C'è un'altra questione infatti da analizzare. In particolare, è da constatare come i reati di dichiarazione fraudolenta o infedele possano essere consumati soltanto tramite presentazione di una dichiarazione fiscale. Pensiamo al primo dei tre esempi analizzati, quello cioè dell'evasore che, tramite una dichiarazione fraudolenta, riesca a *ricavare* una certa somma che poi decida di depositare in banca. A questo punto, potrebbe facilmente accadere che il deposito in questione avvenga precedentemente, e anche di molto, alla presentazione della dichiarazione di cui *supra*. Ci troveremo dinanzi a un caso particolarissimo, in cui il reato, in questo caso, di autoriciclaggio vedrebbe una realizzazione addirittura precedente a quella del suo reato presupposto. Inoltre, se prendiamo in considerazione questo caso, notiamo una notevole differenza a seconda che scegliamo di prendere, quale oggetto materiale della condotta di autoriciclaggio, direttamente i ricavi al nero e quindi non annotati, oppure se, al contrario, decidiamo di riferirci al momento successivo della dichiarazione. Nel primo caso, ci troveremo di fronte a un vantaggio chiaramente individuabile, nel secondo invece ci caleremo in una situazione in cui, in realtà, le reali *utilità* del reato tributario sarebbero costituite non tanto dai ricavi in nero, quanto invece dal risparmio fiscale, entità, come abbiamo appena avuto modo di vedere, astratta e differente dai primi. Si tratta di una scelta certo non semplice, cui la giurisprudenza<sup>10</sup>, con riguardo all'*omessa dichiarazione*, aveva cercato di dare soluzione sostenendo come il riciclaggio potesse sussistere soltanto dopo la commissione del

---

<sup>10</sup> Cass. Pen., sez. II, 13 gennaio 2015, n. 981. Disponibile su <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>.

reato fiscale. Ciò ha portato a identificare il reato presupposto, in caso contrario, non tanto nella condotta penal-tributaria, quanto piuttosto in quella dell'appropriazione indebita<sup>11</sup> di cui all'art. 646 del codice penale ove si punisce la condotta di chi, *per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropri del denaro o della cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso*. Saremmo di fronte a un'ipotesi plausibile, seppur discutibile, ma che comunque ci allontana dalla questione che ci interessa, relativa al rapporto tra riciclaggio, autoriciclaggio e reati tributari. Pur seguendo, difatti, l'orientamento su esposto, si finirebbe per eludere il problema, più che risolverlo. Arriveremmo infatti a vestire penalmente il mero *fatto* della ricezione di denaro a seguito di falsa fatturazione, che tuttavia perderebbe in questo modo la natura di reato fiscale.

#### **4.5. *Segue*: la questione della soglia di punibilità nell'accertamento del reato fiscale e di quello successivo di (auto)riciclaggio**

Questo problema ne inserisce uno ulteriore, che andiamo adesso ad approfondire. Prendendo il testo del d.lgs. 74/2000, possiamo facilmente notare come, per tutti quei reati compiuti a mezzo di dichiarazione, il legislatore abbia previsto una determinata soglia di punibilità. Questo ci fa comprendere l'importanza di un accertamento serio sul superamento di questa soglia, perché si possa poi arrivare a ipotizzare la commissione di autoriciclaggio. Dall'altro lato, tuttavia, la giurisprudenza ha

---

<sup>11</sup> La condotta di chi, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropri del denaro o della cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso.

avuto un orientamento ambiguo sul tema. In particolare, la Cassazione<sup>12</sup> ha affermato che la responsabilità penale per riciclaggio *non implica un accertamento ben preciso del reato presupposto, dei suoi autori nonché l'individuazione del soggetto passivo*, ma che al contrario *può ritenersi sufficiente la prova oggettiva della provenienza illecita del provento oggetto della condotta di riciclaggio*, sostenendo inoltre come sia sufficiente che *il reato presupposto venga indicato nel capo di imputazione e, successivamente, venga accertato nella fase finale del processo in relazione alle modalità di commissione*. In sostanza, risulta oramai sufficientemente consolidato quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene sussistente il reato di riciclaggio anche laddove il reato presupposto non sia stato ancora definitivamente accertato. Tuttavia dobbiamo ricordarci della *soglia di punibilità* prevista per determinati reati fiscali, vero e proprio *elemento costitutivo degli stessi*, la cui valutazione difficilmente può essere affidata agli organi della macchina tributaria, spesso portati, come abbiamo detto, a ricostruire l'entità dell'imposta evasa sulla base di mere stime e presunzioni tributarie. Di conseguenza, proprio per l'eccessivo portato di arbitrarità che caratterizza l'accertamento tributario, sembra rendersi necessario in questi casi comunque un accertamento di tipo giudiziale.

---

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. V, 21 maggio 2008, n. 36940, in *Nel Diritto*. Disponibile su <http://www.neldiritto.it>.

#### **4.6. *Segue: la fungibilità del denaro, oggetto di evasione fiscale, come ulteriore problema all'applicazione della fattispecie di autoriciclaggio***

Ma i nodi legati all'introduzione nel nostro ordinamento del reato di autoriciclaggio sono anche altri. Con riferimento infatti ai reati tributari, occorre riflettere sul fatto che il provento del reato è qui rappresentato dal denaro, bene fungibile per eccellenza. Emergono di conseguenza serie difficoltà nella distinzione tra beni provento di reato e beni provento di attività lecita. Si pensi, ad esempio, al caso precedentemente fatto di dichiarazione infedele costituente reato ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 74/2000, i cui proventi vadano però a confluire nel conto corrente della società dove sono depositati anche quelli dell'attività imprenditoriale lecitamente conseguiti. Nel momento in cui una parte della disponibilità finanziaria venga impiegata dal contribuente nella propria attività d'impresa, in che modo si potrà distinguere tra denaro di provenienza illecita e denaro di provenienza lecita? Se non si raggiunge la prova che siano proprio quel denaro o quei beni ad essere stati poi successivamente impiegati, la nuova fattispecie di reato avrà difficile applicazione. Ragionando diversamente, infatti, la sanzione penale finirebbe per operare sulla base della presunzione, *juris tantum* o *juris et de jure*, che il denaro impiegato dal contribuente sia sempre, salvo eventuale prova contraria, di provenienza delittuosa, con buona pace del principio di *presunzione di innocenza* di cui all'art. 27 Cost<sup>13</sup>. Ed è qui che il tema della sanzione delle condotte di autoriciclaggio si intreccia con quelli ben più ampi del sequestro e della confisca per equivalente, istituti già da tempo introdotti nel nostro sistema penale e volti a colpire sia il prodotto o il profitto del reato, sia gli

---

<sup>13</sup> D. Terracina, *I reati tributari*, cit., p. 524.



enti nelle ipotesi di responsabilità amministrativa da reato *ex d.lgs. 231/2001*. Ed infatti, a fronte di un'ipotesi di evasione fiscale penalmente rilevante ai sensi del d.lgs. 74/2000, l'eventuale impiego di disponibilità finanziarie nell'attività d'impresa, in difetto della prova della provenienza illecita delle stesse, finirebbe sempre per assumere rilevanza penale *per equivalente*. Le perplessità appena sollevate risultano comunque sufficienti per indurci a ricercare il giusto equilibrio tra la necessità indiscussa di tutelare l'Erario, il sistema economico e la concorrenza, tutti beni evidentemente minacciati dal fenomeno dell'autoriciclaggio, e quella altrettanto rilevante di preservare i principi fondamentali del diritto penale, tra cui il *ne bis in idem* sostanziale, il *nemo tenetur se detegere* e la presunzione di *innocenza*.

#### **4.7. L'illusione di poter affrontare la determinazione dei tributi in chiave penalistica**

Risulta tutto sommato difficile, a prima vista, escludere i reati tributari dalla categoria dei reati presupposto delle condotte di riciclaggio e autoriciclaggio. A maggior ragione, se teniamo conto del fatto che non solo nel 2009<sup>14</sup>, con un orientamento poi confermato anche successivamente<sup>15</sup>, la Cassazione ha affermato e ribadito la possibilità che un reato fiscale commesso all'estero potesse costituire quel *delitto non colposo* alla base dei reati di cui ci occupiamo, ma anche che la stessa ha fatto poi rientrare tra le condotte di riciclaggio l'atto del versamento su conto corrente

---

<sup>14</sup> Cass. Pen., Sez. II, 23 dicembre 2009, n. 49427, in *Bollettino tributario*, edizioni online. Disponibile su <http://www.fabiociani.it>.

<sup>15</sup> Cass. Pen., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 42120, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>.

del profitto di reato fiscale<sup>16</sup>, non possiamo non constatare come l'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale vada in antitesi con quello originario, che si era invece allontanato da tale prospettiva escludendo i reati fiscali da quelli presupposto del riciclaggio. Tuttavia, non si può non ammettere l'esistenza di una certa ambiguità sul tema, sancita e posta in rilievo da un orientamento, come abbiamo notato, comunque ondivago della Suprema Corte. Aveva probabilmente ragione questa, in origine, a evidenziare quantomeno un problema di identificabilità del provento da riciclare, che non può essere certamente risolto appellandosi alla sola *fungibilità* del denaro. Bisogna comprendere quanto sia in realtà illusorio affrontare la determinazione dei tributi, cui si connette l'evasione fiscale e il relativo malessere sociale, in chiave penalistica. Incidentalmente l'evasione più preoccupante, come dimensioni quantitative macroeconomiche, è quella relativa alla ricchezza non registrata. Tale evasione, secondo i criteri con cui è rilevata dall'Istat, è definibile *di sopravvivenza*, in quanto posta in essere da soggetti magari con un tenore di vita moderatamente agiato, comprensivo di seconde auto, cene fuori e viaggi all'estero, ma senza nulla di eclatante. Se ne ricava quindi che i famosi 120 miliardi di evasione fiscale, che abbiamo già precedentemente messo in evidenza, riguardano alcuni milioni di contribuenti, per cifre individualmente medio piccole. Le stime suddette, infatti, non riguardano la *grande evasione* sul piano della ricchezza non registrata, vuoi per omessa annotazione degli incassi, vuoi per registrazione di spese fittizie. A questa evasione dovrebbero collegarsi i reati tributari, ma essa emerge raramente, in genere in occasione di crisi d'impresa o di liti tra membri dei gruppi di controllo del capitalismo familiare. Dalle suddette stime dell'evasione è assente anche l'evasione interpretativa, connessa alla qualificazione giuridica di ricchezza registrata o palese,

---

<sup>16</sup> Cass. Pen., Sez. II 7 gennaio 2011, n. 546. Disponibile su <http://www.dirittoegiustizia.it>.

dove le sanzioni penali sono concettualmente un'assurdità. Alla fine, di tutti i comportamenti che dovrebbero essere combattuti dalle tanto famigerate *manette agli evasori*<sup>17</sup>, uno è sotto soglia, ed è quello proprio del lavoro indipendente, uno non lo si riesce a scoprire, appartenendo al mondo delle frodi del capitalismo familiare, ed uno non merita sanzione penale perché derivante da contestazioni interpretative. Per questo, pensare di risolvere il problema dell'evasione con le sanzioni penali, ed il connesso riciclaggio-autoriciclaggio, è illusorio, perché l'intervento delle Procure della Repubblica non riuscirà mai ad assumere una sistematicità tale da orientare i comportamenti sociali di massa. Il diritto orienta infatti tali comportamenti secondo vari profili, tra cui quello della *gravità della reazione* e quello della sua *probabilità*. Il diritto civile, classico diritto giurisdizionale, ha una gravità bassissima, essendo dotato tuttavia di una probabilità molto elevata, nel senso che basta litigare con una controparte, per essere trascinati davanti al giudice. In questi casi la legge è davvero abbastanza onnipotente, salvo i margini di interpretazione, perché in questi casi il lavoro materiale è infatti svolto non già dalle istituzioni, che si limitano a fornire un giudizio dei fatti loro sottoposti, ma dalle parti e dagli avvocati. La funzione giurisdizionale civile è strutturalmente passiva, all'insegna del famoso *narra mihi factum, tibi dabo ius*, e questo non riguarda solo la fase valutativa dei torti e delle ragioni, ma anche quella di istruttoria dei fatti, dove le parti si trovano esattamente sullo stesso piano, dovendo descrivere al giudice gli accadimenti, corredandoli secondo quanto le circostanze consentono e *l'id quod plerumque accidit*. Nel diritto delle altre istituzioni non giurisdizionali, le questioni si complicano. Già nel diritto penale, infatti, la punizione dipende dalla individuazione e dalla cattura del

---

<sup>17</sup> R. Lupi, *Riciclaggio, autoriciclaggio e ulteriore confusione sulla determinazione dei tributi*, in *Riciclaggio*, cit., p. 527.

reo, su cui la legge non può influire. Gli organi di sicurezza infatti, diretti alla repressione dei delitti, già non hanno più solo giuridicità meramente giurisdizionale, essendo in realtà organi amministrativi preposti all'individuazione e alla cattura dei criminali. Qui la gravità della sanzione, anche se notevole, è controbilanciata da una certa probabilità di non essere scoperti, sfuggendo agli organi di sicurezza. Se quindi la probabilità di essere individuati per evasione fiscale è minima, la sanzione occorrente per controbilanciare questa quasi certezza di non individuazione appare socialmente inaccettabile, portando a punire un operatore che comunque crea reddito, pur evadendo, più di uno scippatore di strada. Lo ha dimostrato l'inasprimento delle sanzioni penali dal 1982 ad oggi, dove le masse indicate sopra si sono tendenzialmente comportate esattamente come prima, pur essendo il livello di adempimento comunque superiore a quanto ci si aspetterebbe, considerando razionalmente le probabilità di accertamento. Qui qualcuno potrebbe obiettare che in America esistono sanzioni molto più pesanti contro l'evasione fiscale, ma numericamente esse appaiono come la ciliegina sulla torta di una amministrazione tributaria responsabilizzata, managerializzata e che controlla pragmaticamente il territorio, selezionando i fenomeni socialmente più insidiosi. *Se il penale tributario è la ciliegina sulla torta negli Stati Uniti, è velleitario pretendere che, da noi, sostituisca addirittura la torta*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Così R. Lupi, *Riciclaggio*, cit.

#### **4.8. La natura di palese liceità dei proventi da evasione fiscale rispetto a quelli derivanti da diversi reati**

Dobbiamo peraltro considerare che di solito l'evasore fiscale destina i proventi dell'evasione alla propria sfera di consumo e personale, dal momento che, se intendesse invece lasciare le risorse nell'azienda, *non avrebbe bisogno di evadere*. La giusta scriminante per l'impiego patrimoniale finisce quindi per restringere l'ambito applicativo dell'autoriciclaggio ai reati tributari. L'accusa di autoriciclaggio sembra paradossalmente profilarsi proprio quando l'evasione avviene, ad esempio, per pagare in nero i dipendenti, oppure per corrompere pubblici ufficiali a fronte di favori all'azienda, essendo quindi impiegata in una attività economica. Però si tratta di una attività economica comunque lecita, visibile, in cui sono consumati i proventi dell'evasione, per i quali non esiste in questo caso una apparenza diversa dalla realtà. Non è stata cioè inventata alcuna fittizia attività lecita cui ricondurre falsamente i proventi criminali, che invece sono stati consumati dalla stessa attività dove era stato posto in essere il reato di evasione. A maggior ragione non si dovrebbe ravvisare un reimpiego nell'evasione interpretativa e nell'elusione fiscale<sup>19</sup>, che peraltro dovrebbero essere considerate penalmente irrilevanti per loro natura, mancando qualsiasi alterazione della realtà e qualsiasi tentativo di profittare delle carenze di controllo da parte degli Uffici. Del resto, viene da chiedersi come si possano riciclare soldi che dopo tutto sono propri. Mentre i soldi della corruzione rappresentano, infatti, il profitto vero e proprio di un reato, quelli della riparazione del villino o dell'automobile sono, al di là di tutto, il profitto di una attività lavorativa lecita, e

---

<sup>19</sup> R. Lupi, *Riciclaggio*, cit., p. 529.

non di un reato. Quindi, nel caso in cui si faccia il carrozziere evadendo le imposte, il reato sarebbe quello di evasione fiscale e non di carrozziere; se si è fatto, invece, il rapinatore, allora avremo dinanzi il profitto di un reato. I soldi ottenuti con l'attività di carrozziere sono soldi comunque *sudati*, senza aver rubato a nessuno. È pur vero che si ruba quando si evade, ma non si deve restituire nulla ad alcuno, a differenza di quanto avviene per un rapinatore. Sarebbe da chiedersi chi siano le reali vittime di una evasione. Quello che si vuole far notare è che, in questo caso, non si vuole mascherare un evento come quello della rapina o del sequestro, quanto caso mai una più *semplice* evasione. Se, in un paese dove le tasse non esistono, si commette una rapina o un furto, problemi ve ne sono comunque, mentre se, nel medesimo paese, si fa l'idraulico, non sussistono problemi di sorta. L'obiettivo dell'evasore non consiste quindi nel ripararsi dalla considerazione sociale, perché non ha nulla da *lavare* nel fatto in sé e non si deve vergognare di nulla, potendo dire anzi a testa alta che ha fatto il carrozziere e volendo semmai più semplicemente sottrarsi alle indagini dell'Agenzia delle Entrate. Qui l'apparenza lecita, che rappresenta un obiettivo da raggiungere per chi commetta un reato come la rapina o la corruzione, è già presente.

#### **4.9. *Segue*: la responsabilità dei giuristi nel complicato rapporto tra riciclaggio, autoriciclaggio ed evasione**

La *ratio* del riciclaggio, a detta della norma, è quella di impedire che un'appartenza illecita venga fatta figurare come lecita. È vero che per qualsiasi reato si può ricevere un aiuto, così come anche sui reati tributari, ma non ha senso ipotizzare che

qualcuno agevoli, in qualità di riciclatore, il fabbro a far vedere che quello che ha guadagnato come tale è stato dichiarato al Fisco, perché si arriverebbe a una specie di reato impossibile, essendo il denaro già di provenienza lecita. L'evasione è già di provenienza lecita. Si può aiutare il rapinatore a far apparire di provenienza lecita qualcosa che proviene dalla rapina, ma il fisioterapista che non dichiara le somme guadagnate non ha certo rubato. Dietro c'è la teoria, come abbiamo già avuto ampiamente modo di vedere, che l'evasore sia un ladro, che va bene a livello sociologico, mentre in termini giuridici il denaro è comunque di sua proprietà. La proprietà statale non preesiste, in termini giuridici, rispetto a quella dell'elettricista, che non diviene certo proprietario soltanto ove paghi le tasse. Ipotesizzare anche per i reati tributari, di conseguenza, la possibilità di una successiva condotta di riciclaggio, risulta tecnicamente scomodo o comunque difficile. Al massimo si potrebbe parlare di concorrenza nel reato di insolvenza fraudolenta, o di un aiuto a far apparire le possidenze di evasore come risultato del lotto. Ma, anche in questo caso, ciò da cui derivano i soldi non è l'evasione, bensì l'attività di idraulico, e questa non è illecita, mentre lo è rapinare qualcuno. Tutte queste problematiche si ripropongono sull'autoriciclaggio, anzi potremmo dire a maggior ragione che se è impossibile il riciclaggio a fini tributari, l'autoriciclaggio lo è ancora di più, essendo un classico reato inventato per dare un contentino a un'opinione pubblica disorientata e che non sa come analizzare la determinazione della ricchezza ai fini tributari. Abbiamo parlato delle tendenze di opinione che, seppur sensate, sono confuse, essendoci una tendenza sociologica che porta ad attribuire tutti i disastri dell'Italia agli evasori, ed è questa una tendenza sensata, con un capo e una coda, ma che richiedeva un minimo di attenzione, e verso cui la politica non poteva dimostrarsi inerte. Per quanto ri-

guarda, del resto, il rapporto tra riciclaggio ed evasione, anche nella *voluntary disclosure* vi erano le cautele antiriciclaggio nell'ipotesi in cui vi fosse il dubbio che le somme non derivassero davvero da evasione fiscale ma ad esempio da traffico di stupefacenti<sup>20</sup>, potendo notare anche in questo caso come il riciclaggio vada a colpire tutti quegli altri reati diversi dall'evasione. Proprio per una contraddizione in termini che non lo consentiva, anche la *voluntary disclosure* cercava quindi di evitare che venissero dichiarate e scoperte al Fisco somme provenienti da reati diversi dall'evasione, presupponendo *ex lege* che anche i soldi evasi fossero legittimamente posseduti. La stessa redazione della norma sull'autoriciclaggio punisce sostanzialmente solo chi fa apparire il frutto dell'evasione come se fosse la derivazione di un'attività economica, e cioè chi lo reimpiega, tant'è vero che comprare i btp con i proventi illeciti o anche versarli su un conto, giustamente non può essere autoriciclaggio, e questo vale anche per i soldi della rapina. In questo calderone la dottrina penalista non riesce a essere un valido punto di riferimento per il pubblico dibattito, essendo stata fatta la normativa dai politici, dai giornalisti e dai procuratori, che hanno occupato lo spazio vuoto lasciato dai giuristi. Questi anche in tal caso hanno confermato la loro natura tecnica di interpreti, e in pratica prima il legislatore ha creato la norma, e poi ci si è concentrati sull'avverbio, senza provare a chiarire precedentemente quale fosse la fattispecie socialmente disapprovata, senza specificare e chiarire di cosa si stesse parlando, con anche il pubblico dibattito che ha visto come protagonisti i procuratori. I giuristi non hanno spiegato che tipo di controllo il negoziante potrebbe fare ove come rapinatore si spendano soldi in una giacca o in una camicia, e cioè in quali casi dovrebbe scattare la consapevolezza di stare aiutando

---

<sup>20</sup> Art. 5-quinquies del d.l. 28 giugno 1990, n. 167, inserito dall'art. 1 l. 15 dicembre 2014, n. 186.



qualcuno avente denari di provenienza illecita, e che costituisce un discorso importante. Il riciclaggio è una cosa che va discussa, mentre il giurista interviene nel dibattito sempre dopo che la legge è stata creata, chiedendosi i significati reconditi delle parole casualmente utilizzate dal legislatore, su particolari giri di parole in casi limite. Questo ha avuto riflessi, come abbiamo visto, anche sulla relazione Greco, ove ci si poneva come *ratio legis* il presidio della libera concorrenza, come se l'autoriciclatore con le sue attività economiche facesse concorrenza sleale alle imprese sane, mentre in realtà il riciclaggio consiste soprattutto nella presentazione di risorse illecite come derivanti da una fonte lecita. E allora sotto questo profilo si sarebbe dovuto colpire il soggetto che si fosse comprato un biglietto della lotteria con i soldi derivanti da un eventuale sequestro di persona, con una condotta che, pur riciclando, non avrebbe certo rappresentato una attività economica, mentre la signora che gli avesse venduto il biglietto non l'avrebbe trovata mai nessuno, potendosi spendere tranquillamente la somma ricavata. A sostegno di quanto si dice, bisogna constatare che ove un rapinatore affermi di essere un evasore, già allora si dovrebbe parlare di riciclaggio, tant'è vero che con la *voluntary disclosure* si è temuto proprio questo. Quindi la *ratio legis* non è preservare le imprese oneste dalla concorrenza sleale, quanto evitare piuttosto che risorse illecite vengano fatte apparire di provenienza lecita. Quindi il consumo personale non è da graziare in quanto consumo personale, ma perché non diretto alla creazione di un'attività lecita che giustifichi il possesso di soldi illeciti. Il trasgressore in questo caso decide di esporsi, facendo vedere la propria disponibilità economica, senza avere motivi validi per spiegarla, e difatti se qualcuno gli facesse domande al riguardo, lui cadrebbe come una pera. Si ricicla quando si fa qualcosa per giustificare la detenzione dei quattrini, e questo vale anche per la rapina. L'investimento patrimoniale non giustifica ex se il possesso della somma solo

perché la si usa, mentre ove ci si dovesse inventare un'operazione sui cambi o che poi fa comunque apparire come derivante da una vincita la somma che si ha in mano, si commetterebbe autoriciclaggio anche senza intraprendere alcuna attività economica. Mentre ci sono invece casi di evasione interpretativa in cui, se un'azienda fa un'elusione, i soldi vengono chiaramente impiegati in un'attività economica perché derivavano dall'attività economica. Se l'azienda cioè vende detersivi eludendo il Fisco, ad esempio deducendo qualcosa che non poteva dedurre o dichiarando un compenso per il titolare che non sarebbe deducibile, quelle risorse risparmiate tramite un capzioso espediente elusivo restano comunque lì e le si usa per l'attività dell'azienda, e l'azienda non ha certo riciclato, essendo l'attività economica sempre quella lecita di partenza. Sarà pure un reato la fattura falsa, pagandoci i fuori busta ai dipendenti, ma in un'impresa che produca cioccolatini, gestendo un'attività comunque lecita, l'autoriciclaggio risulterebbe comunque fuori luogo.

#### **4.10. *Segue:* lo sfasamento tra riciclaggio e autoriciclaggio e l'apparenza lecita già presente nel provento di evasione fiscale**

Il riciclaggio, ed anche l'autoriciclaggio, costituiscono comportamenti ulteriori rispetto al reato presupposto, da cui provengono le somme reimpiegate. Alla disapprovazione sociale consistente nel delitto presupposto si accompagna l'ulteriore insidia sociale consistente nell'ingannare i terzi e le autorità, facendo apparire il frutto del reato come derivante da una legittima attività economica. Se questa attività di far apparire il provento del reato come frutto di attività lecite viene compiuta dallo

stesso autore del reato presupposto, non si vede perché non sanzionarla, giustamente, con una norma come l'autoriciclaggio. Questo però va bene per la corruzione, per la truffa, per la rapina, ma appare illogico quando il reato attiene alle modalità con cui è stata svolta una attività, i cui frutti spettano comunque *legalmente* al trasgressore. Senza arrivare all'evasione fiscale, pensiamo ad esempio all'esercizio senza autorizzazione di una qualche attività economica i cui proventi nascono di proprietà del relativo esercente che a pieno titolo li deposita presso terzi, o ne effettua un reimpiego economico. Inizia qui a profilarsi l'autoriciclaggio *in rem propriam*<sup>21</sup>, di cui onestamente non si vede il senso, e che consente anche di svolgere alcune considerazioni sul riciclaggio in senso proprio, quello cioè applicato all'evasione fiscale quando il comportamento è posto in essere da terzi. Qui il terzo deve sapere oltre ogni ragionevole dubbio che si tratti di somme provenienti da reati tributari, benché commessi dal relativo titolare, per poter integrare la condotta di riciclaggio. Questo reato, nell'ipotesi appena indicata, si realizza benché le somme cui si riferisce siano già di pieno diritto di proprietà del loro titolare, che viene aiutato dal riciclatore, *non già, si badi, a farle apparire come proprie, ma a non farle apparire come frutto di evasione fiscale*, il che è ben diverso. Già il tradizionale reato di riciclaggio, applicato all'evasione fiscale, mostra una peculiarità, consistente nel fatto che esso non serve a legittimare la titolarità delle somme in capo a chi le possiede, ma a nascondere il reato tributario, tanto è vero che sembra verosimile l'ipotesi secondo cui si sarebbe potuto fare semplicemente ricorso al diverso reato di *favoreggiamento*<sup>22</sup>. Anche nel reato di autoriciclaggio in genere, il trasgressore cerca di costruire una *apparente provenienza lecita* della refurtiva. È un problema che invece è

---

<sup>21</sup> R. Lupi, *Riciclaggio*, cit., p. 529.

<sup>22</sup> ID., *Riciclaggio*, cit., p. 529.

già risolto in materia di evasione fiscale, non essendoci infatti in questo caso alcuna refurtiva, trattandosi di somme lecitamente detenute e derivanti dall'attività o dal patrimonio del trasgressore, reo solo di non aver adempiuto agli obblighi fiscali. Qui emerge lo sfasamento generale dell'autoriciclaggio rispetto al riciclaggio, non potendo logicamente arrivare al punto di considerare autoriciclaggio il consumo della refurtiva o del prezzo del reato, che deve invece essere impiegato in una attività imprenditoriale o finanziaria, secondo un'espressione che pare essere forse pleonastica. In linea di massima tuttavia, il delinquente che semplicemente nasconde la refurtiva per non far individuare il reato presupposto, non cerca di presentarla come frutto di una attività lecita e quindi, di conseguenza, *non sta ancora autoriciclando*.

#### **4.11. Segue: evasione come momento successivo rispetto a quello della produzione lecita di ricchezza**

Riprendiamo qui quanto ribadito più volte sul tema dalla Giurisprudenza di legittimità, nel senso di considerare l'evasione fiscale come attività successiva *alla produzione di reddito*, ad esempio nell'ambito della c.d. *confisca allargata*<sup>23</sup>. È questa una misura che deve essere disposta, in caso di condanna, per alcuni reati particolarmente gravi elencati dal medesimo articolo<sup>24</sup>, e che ha come oggetto il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e di cui,

<sup>23</sup> Art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

<sup>24</sup> Associazione per delinquere, associazione di stampo mafioso, tratta di persone, riduzione o mantenimento in schiavitù, acquisto o alienazione di schiavi, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, trasferimento fraudolento di valori.

anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, o alla propria attività economica. Secondo un primo e più risalente filone giurisprudenziale<sup>25</sup>, l'imputato destinatario della misura ablativa non avrebbe potuto giustificare la legittima provenienza di un bene allegando proventi di un'attività economica lecita ma non dichiarata al Fisco, dal momento che si sarebbe trattato di proventi comunque illeciti. Tuttavia, in base a un secondo e più recente orientamento<sup>26</sup>, al fine di valutare la legittima provenienza dei beni di cui il condannato risulti avere la disponibilità in misura sproporzionata rispetto al proprio reddito, si dovrebbe tener conto, al contrario, di tutte le fonti lecite di produzione del patrimonio, sia ove esse siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali, sia ove consistano nell'attività economica svolta, pur non essendo il guadagno evidenziato in tutto o in parte nella dichiarazione dei redditi. Questa conclusione sarebbe imposta dalla *ratio* dell'istituto, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la condotta di infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche previsioni in materia tributaria. La confisca *allargata* è in sostanza una misura di sicurezza *atipica* che, attraverso l'ablazione del patrimonio, di cui la legge presume l'origine illecita in ragione della sproporzione tra il valore dei beni e i redditi dichiarati o l'attività economica svolta dal condannato per alcuni delitti di particolare gravità, mira principalmente ad impedire la commissione di nuovi reati. È quindi coerente con la struttura normativa di tale provvedimento, che prevede che il requisito

---

<sup>25</sup> V. Cass. Pen., Sez. I, 10 giugno 1994, n. 2860, in *Penale Contemporaneo*. Disponibile su <http://www.penale-contemporaneo.it>.

<sup>26</sup> V. Cass. Pen., Sez. I, 15 novembre 2013, n. 9678, in *Penale Contemporaneo*. Disponibile su <http://www.penalcontemporaneo.it>.

della sproporzione debba essere confrontato con il *reddito dichiarato* o con la *propria attività economica*, che si possa *tener conto dei redditi, derivanti da attività lecite, sottratti al Fisco, perché comunque rientranti nella propria attività economica*. Risulta forse ancora più chiara l'importanza della differenza tra la natura del profitto derivante da una corruzione e di quello ottenuto, al contrario, dall'attività di pasticciare, che sia stato solo successivamente oggetto di evasione fiscale.

#### **4.12. Segue: il rischio di andare a punire per autoriciclaggio chi non credeva nemmeno di aver evaso**

La materia dell'autoriciclaggio rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento. Per valutare la bontà della scelta compiuta dal legislatore, occorre vedere anche come il sistema reagirà ad essa. Un dato è certo, ovvero che chi reimpieghi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative beni di provenienza illecita, pur avendo egli stesso commesso il reato presupposto, pone in essere una condotta connotata da un *autonomo* disvalore, che travalica quello rappresentato dal semplice utilizzo di tali beni. Su questa prima riflessione si vanno ad innestare le difficoltà probatorie cui si è fatto riferimento in precedenza. Quando si parla di denaro o di altri beni fungibili, la distinzione tra beni di provenienza illecita e beni di provenienza lecita, salvo rarissime eccezioni, è, come abbiamo visto, *virtualmente impossibile*. Proprio a tal fine, allora, assumono rilevanza le modalità con cui avviene il reimpiego dei beni di provenienza illecita. Le condotte dissimulatrici previste sia dalla normativa internazionale che anche dalla fattispecie ex art. 648-ter. 1 c.p. di-

vengono decisive. Pur, infatti, non aggiungendo nulla al disvalore sotteso alla sanzione penale, queste potrebbero essere però in grado di marcare, a livello probatorio, l'illiceità della condotta. Chi pone in essere attività volte ad *ostacolare concretamente l'identificazione* della provenienza illecita dei beni, lo fa ovviamente nella sola ipotesi in cui vi siano effettivamente dei beni la cui provenienza sia da occultare. In materia di reati tributari occorre essere, come abbiamo avuto modo di vedere, ancora più cauti. Nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade altrove, viene oramai pacificamente riconosciuta rilevanza penale a quella che abbiamo definito essere *evasione da interpretazione*, vale a dire a quella particolare forma di evasione fiscale nella quale il contribuente non pone affatto in essere una condotta fraudolenta o ingannatrice nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, compiendo al contrario scelte di pianificazione fiscale, più o meno aggressive, che da questa non vengono condivise. Oggi la tanto famigerata *lotta all'evasione fiscale* viene condotta più rivalutando e riqualificando i dati comunicati al Fisco dagli stessi contribuenti, piuttosto che ricercando i dati da questi occultati. Occorre essere molto attenti perché, proseguendo per questa china, non si farebbe sicuramente fatica ad immaginare, in un futuro prossimo, una contestazione penale legata all'interpretazione della normativa tributaria, accompagnata da un'ulteriore contestazione per il reato di autoriciclaggio, nell'ipotesi in cui il contribuente impieghi poi i frutti dell'evasione nella propria attività imprenditoriale. Ovvero, nell'ipotesi in cui il manager legale rappresentante di una multinazionale impieghi quello che riteneva essere un legittimo risparmio fiscale nell'azienda dallo stesso rappresentata. Questo, però, è più il frutto di un atteggiamento *culturale* mostrato nei confronti della fiscalità della grande impresa o dell'impresa in generale, che non di precise scelte del legislatore. Un dato è comunque certo, ovvero che la via più rapida, più comoda e più breve per

*fare cassa* da parte di un ordinamento che ha disperatamente bisogno di liquidità è quella di andarla a prendere dove la ricchezza c'è e dove la stessa è palese. Si tratta, però, di una prospettiva miope e di breve respiro che, se da un lato può dare l'illusione di funzionare in un primo momento, alla lunga rischia di destabilizzare la tenuta dell'intero sistema economico. Anche tali preoccupazioni, peraltro, sembrerebbero essere condivise dal governo, che proprio recentemente ha varato un decreto legislativo recante *disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*<sup>27</sup>, in cui si tenta di ridefinire, in termini più stringenti, il concetto di abuso del diritto, in modo tale da limitare la discrezionalità dell'interprete.

#### **4.13. Il diverso reato di ostruzionismo alle indagini fiscali come possibile soluzione**

La realtà consiste nel fatto che, siccome oggi i moderni evasori sono visti come l'apparato pubblico che non funziona, si estende il riciclaggio anche ai reati tributari. Non che non vada bene, per carità, ma si è fatto un passo, come dire, più lungo della gamba, dal momento che questo tipo di operazione necessitava di essere svolta *cum grano salis*. Il rischio è in pratica quello di farsi ridere dietro, com'è poi puntualmente successo. L'apparato mediatico, giudiziario e delle istituzioni tributarie si è difatti posto di traverso, come abbiamo visto, nei confronti di tutti, e se qualcuno oggi parla bene dell'apparato pubblico viene sbranato, così come viene sbranato, si badi bene, e spesso dalle medesime persone, se parla bene al contrario degli evasori. Occorre valutare attentamente l'ipotesi di riadattare un reato elaborato a fronte dell'illiceità

---

<sup>27</sup> D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128.



del comportamento da cui derivava la provvista finanziaria, corruzione o furto ad esempio, alle esigenze sì di un reato, derivante dalla mancata corresponsione di imposte, ma che si basa comunque e indissolubilmente su di una somma che viene ottenuta lecitamente. In sostanza l'oggetto del riciclaggio, quanto ad ammontare, non riguarda il reddito dell'idraulico, ma le imposte che questi non ha versato. Essendosi lui stesso appropriato delle stesse, cerca semplicemente di far vedere che invece le ha pagate. Dovrebbero essere puniti quei comportamenti tesi a far apparire come derivanti da introiti esenti introiti evasi, come con delle donazioni per i redditi della pasticceria. Dovrebbe trattarsi cioè di un reato di ostacolo all'esercizio della funzione impositiva, perché il carrozziere in quanto tale non ha paura di farsi vedere dal vicino, ma solo dal Fisco, ed è per questo che maschera il riciclaggio tributario. Il figlio del mafioso non può dire all'amico che suo padre è mafioso, così come sull'ISEE non si può indicare, ad esempio, l'attività di mafioso, mentre quella di pasticciare, o di idraulico, invece sì. Paghiamo l'elettricista in quanto elettricista, non in quanto evasore, mentre pago il corrotto in quanto corrotto, o il rapinatore in quanto rapinatore, e così via. Di conseguenza il reato potrebbe essere una sorta di *ostruzionismo alle indagini fiscali*, dichiarando un certo reddito in modo tale da farlo apparire esente da imposte. Potremmo farci rientrare, ad esempio, la condotta tesa a far passare come plusvalenza esente dei redditi derivanti in realtà dall'attività di carrozziere. In pratica, invece che far apparire i redditi come frutto della pasticceria, li si fanno apparire come donazioni dello *zio d'America*, di cui magari si è unici nipoti. In realtà, le attività connesse alla produzione di reddito evaso costituiscono, come detto, un *ostruzionismo alla funzione pubblica di accertamento tributario*. Mentre normalmente il riciclaggio, infatti, serve a mascherare il reato presupposto, qui il

reato presupposto sarebbe quello di fare l'idraulico. Nessun evasore sente il bisogno di mascherare chissà che di fronte all'opinione pubblica, quanto piuttosto al Fisco.

## CONCLUSIONI

### UNA RISPOSTA FUORI LUOGO ALLA TEMATICA DELL'EVASIONE

*In uno scenario in continua evoluzione, e caratterizzato per lo più da incomprendimento, confusione e fraintendimenti, com'è quello della richiesta delle imposte, l'amministrazione, lo Stato e la classe dirigente non possono chiudersi a riccio. Occorre guardare oltre confine con raziocinio, senza alcuna fretta di sorta e anzi in maniera critica, per poter prendere ciò che torna realmente utile e adattarlo alle nostre esigenze e al nostro ordinamento. Non ci si può chiudere a riccio, si diceva, scaricando la propria responsabilità sulle aziende e sulla loro funzione di filtro, che non può essere estesa ove aziende non ve ne sono. Occorre prendere i messaggi dei media un po' più con le pinze, e bisogna invece formare una cultura più matura in tema di determinazione tributaristica della ricchezza, che cerchi di trovare soluzioni strutturali ai problemi tributari e non dei semplici spot momentanei. Un'attività valutativa degli uffici è necessaria, senza cedere a una pura ragionierizzazione delle stime. I dati acquisiti tramite i più disparati strumenti messi a disposizione dell'Amministrazione tributaria vanno utilizzati come indizi da cui far partire l'attività responsabilizzante di valutazione degli uffici. Questo è e deve tornare a essere l'elemento più importante di una corretta attività di determinazione della ricchezza a fini tributari, senza andare a spostare la famigerata lotta all'evasione sul piano penalistico, dato che una sanzione anche pesante, seppur sporadica, non si mostra certo in grado di creare un sufficiente effetto deterrente. Oltre alla sanzione è infatti necessaria la sistematicità e la certezza dei controlli così come della punizione, elementi che il penale non è in grado di servire sufficientemente in chiave tributaria. Anche un maggior utilizzo delle aziende, con un ruolo di aiuto al Fisco ad esempio in tema di sanzione sul contante soprasoglia, non è certo da porre senza considerazioni in sordina, pur dovendo necessariamente coordinare e legare un intervento di questo tipo con tanti altri diversi, che aiutino nello scopo senza consistere in un inutile palliativo alle incertezze sul tema. Un intervento sul contante è quindi possibile, ma in chiave diversa rispetto a quella attuale, che è orientata così com'è in direzione antiriciclaggio e addirittura, forse, pro evasione. Per non parlare dei condoni, la cui sistematicità ha sostituito in toto quella invece assente dei controlli e delle sanzioni, finendo per far perdere ulteriormente credibilità al Fisco. Si dovrebbe andare oltre questi ormai sfatati miti del passato, che incrementano incertezza e senso di smarrimento nei cittadini, oltre a svelare l'inconcludenza degli uffici tributari. Non può essere, poi, una norma come quella di autoriciclaggio a scoraggiare l'evasore, che più che altro sfrutta l'occasione che gli capita, non essendo un personaggio caricato di chissà quale perversione. Con grande responsabilità dei giuristi, la norma sull'autoriciclaggio fa acqua da molte parti, non essendo studiata sufficientemente a tavolino soprattutto in chiave antievasione; essa si mostra infatti di difficilissima applicazione nei confronti di un'attività di natura profondamente diversa da quella di qualsiasi altro tipo di reato passibile di divenire presupposto di autoriciclaggio. L'assenza dei giuristi dal dibattito sull'introduzione di questa norma ha provocato confusioni sulla reale portata*

*dell'istituto e sullo sfasamento tra la liceità dei proventi di una condotta evasiva e l'illiceità di quelli derivanti da una rapina, portando a soluzioni sbilenche e inefficaci, perché cieche. In sostanza, non è piegando una normativa come quella antiriciclaggio ai fini antievasione, né ragionierizzando le stime, né agendo in chiave penalistica, né uscendosene una tantum con delle proposte isolate e non ragionate, che si possono ottenere risultati rilevanti contro l'evasione, ma solo attraverso misure sensate, che guardino alla reale portata del problema, consistente nella determinazione tributaristica della ricchezza, ma anche e soprattutto nel collegamento e nella corretta collaborazione tra l'attività valutativa degli uffici e la precisione contabile delle aziende, che non devono essere spremute e bastonate, e attraverso un Fisco meno chiuso e più aperto a valutazioni caso per caso; in tal senso si muove ad esempio, l'idea governativa dell'eliminazione di Equitalia, misura che porterebbe a un diretto contatto tra creditori e debitori, eliminando gli esattori e consentendo in questo modo un più giusto e adeguato approccio del Fisco nei confronti di tutti.*

## Bibliografia

- Boria P., *Il sistema tributario*, Trento, Utet, 2008
- Bottero G., *Fisco, la bacchettata della Corte dei Conti: "Divario eccessivo tra dipendenti ed autonomi, norme contraddittorie sulla lotta all'evasione"*, <<la Stampa>>, 02.XII.2014
- Camera dei deputati, *Nota informativa n. 39 del 2012*
- Capone L., *Panama Papers, perché è sbagliato parlare di paradiso fiscale*, <<Il Foglio>>, 05.IV.2008
- Covino S., R. Lupi, *Il tenore di vita come indizio di ricchezza non registrata: il nuovo redditometro e lo spesometro*, <<Diritto tributario italiano>>, 2013, 3
- Damiani M., *Il contabilismo «funziona» dove ne esistono i presupposti, il problema sono le stime*, in *Tassazione attraverso le aziende: dai numeri ai concetti in una recente monografia*, a cura di Damiani M. e Lupi R., in *Dialoghi Tributari*, 2013, 4
- Draghi M., *L'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio. Testimonianza del Governatore della Banca d'Italia*, Roma, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia, 2009
- Famularo M., *Tassa sui contanti, perché non sarebbe servita a scovare gli evasori*, <<il Fatto Quotidiano>>, 19.II.2015
- Fisco, Greco: "Con i soldi di corruzione, evasione e riciclaggio tutti alle Maldive", <<il Fatto Quotidiano>>, 13.IV.2015
- Fondazione Studi Tributari, *Capitalismo familiare e ricchezza nascosta: leggendo i giornali sul caso Menarini*, in *Dialoghi Tributari*, 2010, 6
- Forte F., *Se aumenta le tasse lo Stato fa autogol*, <<il Giornale>>, 08.X.2014
- Furini F., Mania R., *Evaso un euro ogni 4 pagati, sottratti 120 miliardi all'anno*, <<Repubblica>>, 18.IV.2014
- Gabanelli M., *Contanti, un ticket fiscale su merce socialmente pericolosa*, in *Pericolosità sociale del contante e sua tassazione in chiave preventiva*, a cura di Gabanelli M., Molinaro G., Lupi R. e Stevanato D., in *Dialoghi Tributari*, 2011, 1
- GAFI, *raccomandazione n. 7 del 2008*
- Grasso P., *seguito audizione del Procuratore Nazionale Antimafia*, Commissione parlamentare, cit. 2009
- Leccese A., *Le basi morali dell'evasione fiscale. Tutto quello che c'è da sapere sul tallone d'Achille del nostro paese*, Roma, Armando editore, 2007
- Livadiotti S., *Ladri, gli evasori e i politici che li proteggono*, Milano, Bompiani, 2014
- Lupi R., *Evasione Fiscale, paradiso e inferno. Teoria della tassazione analitico aziendale e delle sue disfunzioni in Italia*, Ipsoa, 2008
- ID., *Un riflesso tributario del «signoraggio»*, in *Pericolosità sociale del contante e sua tassazione in chiave preventiva*, a cura di Gabanelli M., Molinaro G., Lupi R. e Stevanato D., in *Dialoghi Tributari*, 2011, 1

- ID., *La tranquillità del Grande Evasore*, in *I «grandi evasori»: dov'è nascosta la ricchezza nelle organizzazioni aziendali?*, a cura di Corrado L. R. e Lupi R., in *Dialoghi Tributari*, 2012, 2
- ID., *Monitoraggio delle movimentazioni: aiuta ma non basta*, in <<Guida ai controlli fiscali>>, 2013, 5
- ID., *Compendio di Diritto Tributario*, Roma, Dike, 2014
- ID., *Riciclaggio, autoriciclaggio e ulteriore confusione sulla determinazione dei tributi*, in *Riciclaggio, autoriciclaggio e reati tributari*, a cura di Terracina D. e Lupi R., in *Dialoghi tributari*, 2014, 5
- ID., *Diritto Amministrativo dei tributi*, edizione online
- Melchiorre E., Lupi R., *Capitalismo familiare e ricchezza nascosta: le memorie di un direttore amministrativo*, in *Dialoghi Tributari*, 2011, 1
- Melchiorre E., *Il mito del «grande evasore» come ostacolo alla spiegazione sociale della determinazione dei tributi*, in *Lotta all'evasione e «grandi evasori» come ostacoli mediatici a una teoria della determinazione dei tributi*, di Melchiorre E. e Lupi R., in *Dialoghi tributari*, 2015, 1
- Peggio M., Andrea Rossi, *Dal falso invalido alle società offshore: anche Torino indaga su «Panama Papers»*, <<la Stampa>>, 06.IV.2016
- Picco G., *Terra di Cantalupa. Civiltà dei catasti*, Torino, Effatà, 2010
- Pisanu G., *Relazione sul condizionamento delle mafie sull'economia*
- Ricoveri G., *Scudo fiscale: lo strano caso di un'emersione a volto coperto*, <<il Fatto Quotidiano>>, 16.XI.2013
- Santonastaso N., *Lupi: mancano i controlli sul territorio. La lotta agli evasori non si fa in banca*, <<il Mattino>>, 27.III.2013
- Stevanato D., *Spunti per la progettazione di un «prelievo» sui prelevamenti di contanti: tributo o strumento coercitivo para-sanzionatorio?*, in *Dialoghi Tributari*, Roma, Dike, 2012, 1, p. 16
- Terracina D., *I reati tributari ed il cd. autoriciclaggio*, in *Riciclaggio, autoriciclaggio e reati tributari*, a cura di Terracina D. e Lupi R., in *Dialoghi Tributari*, 2014, 5
- AA.VV., *Commissione Greco – per lo studio sull'autoriciclaggio (23 aprile 2013) – Relazione*

## Sitografia

- *Come portare il denaro a Panama*. Disponibile su <http://www.tghabogados.com>
- *Come superare gli studi di settore per essere congruo e coerente*. Disponibile su <http://www.tasse-fisco.com>
- *Corte Conti: Redditometro strumento debole, lotta a evasione ondivaga*. Disponibile su <http://www.la-presse.it>
- De Carne N., Russo A., *Il controverso senso civico degli italiani*. Disponibile su <http://www.rapportocoop.it>
- *Evasione fiscale, 33 miliardi in sei anni tra Rimini e San Marino, la Finanza indaga*. Disponibile su <http://www.altarimini.it>
- Morra G., *Fisco e imprese: un'azienda su due chiude dopo aver ricevuto una verifica fiscale*. Disponibile su <http://www.blastingnews.com>
- *Il balletto del contante*. Disponibile su <http://mediaware.selpress.com>
- Immordino G., Russo F. F., *L'evasione paga in contanti*. Disponibile su <http://www.lavoce.info>
- Lupi R., *Fiscalisti d'azienda: i veri esattori siamo noi*. Disponibile su <http://www.giustiziafiscale.com>
- ID., *Il lato oscuro della tassazione*. Disponibile su <http://www.socialnews.it>
- Melchiorre E., Lupi R., *Redditometro e studi di settore: un difficile coordinamento tra tassazione "alla produzione" e "al consumo"*. Disponibile su <http://www.fondazionestudistributari.com>
- Milani C., *Meno contante contro l'evasione*. Disponibile su <https://milanicarlo.wordpress.com>
- ID., *Relazione tra i prelievi di contante e attività sommersa*. Disponibile su <http://www.lavoce.info>
- Spetia S., *Critiche agli studi di settore, <<Nove in punto>>*. Disponibile su <http://www.radio24.il-sole24ore.com>

## Fonti normative citate

- Direttiva n. 1991/308/CE
- Direttiva n. 2001/97/CE
- Direttiva n. 2005/60/CE
- d.l. 21 marzo 1978, n. 59
- d.l. 10 luglio 1982, n. 429
- d.l. 28 giugno 1990, n. 167
- d.l. 8 giugno 1992, n. 306
- d.l. 30 agosto 1993, n. 331
- d.l. 6 dicembre 2011, n. 201
- d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472
- d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74
- d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231
- d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 56
- d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231
- d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128
- d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158
- D.M. 10 settembre 1992
- D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633
- D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600
- D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917
- l. 18 maggio 1978, n. 191
- l. 2 dicembre 1975, n. 576
- l. 19 marzo 1990, n. 55
- l. 5 luglio 1991, n. 197
- l. 9 agosto 1993, n. 328
- l. 8 marzo 1999, n. 50
- l. 23 dicembre 2000, n. 388
- l. 16 marzo 2006, n. 146
- l. 3 ottobre 2009, n. 141
- l. 6 dicembre 2011, n. 214
- l. 28 giugno 2012, n. 110
- l. 28 dicembre 2015, n. 208



## Sentenze consultate

- Corte Cost. 18 febbraio 1992, n. 51
- Corte Cost. 06 ottobre 2014, n. 228
- Cass. Pen., sez. III, 7 dicembre 1992, n. 2206. Disponibile su <http://www.onorarimilano.it>
- Cass. Pen., sez. I, 10 giugno 1994, n. 2860, in *Penale Contemporaneo*. Disponibile su <http://www.penalecontemporaneo.it>
- Cass. Pen., sez. IV, 23 marzo 2000, n. 6534, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>
- Cass. Pen., Sez. Unite, 24 maggio 2004, n. 29951, in *Giurisprudenza Penale*. Disponibile su <http://www.giurisprudenzapenale.com>
- Cass. Pen., sez. II, 4 settembre 2006 n. 29570, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>
- Cass. Pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 38600. Disponibile su <http://www.corsomagistratitributari.unimi.it>
- Cass. Pen., Sez. V, 21 maggio 2008, n. 36940, in *Nel Diritto*. Disponibile su <http://www.neldiritto.it>
- Cass. Pen., Sez. II, 11 novembre 2009, n. 4800, in *Diritto Penale*. Disponibile su <http://www.diritto-penale.it>
- Cass. Pen., Sez. II, 23 dicembre 2009, n. 49427, in *Bollettino tributario*, edizioni online. Disponibile su <http://www.fabiociani.it>
- Cass. Pen., sez. II 7 gennaio 2011, n. 546. Disponibile su <http://www.dirittoegiustizia.it>
- Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 2012, n. 6061, in *Diritto Penale Tributario*. Disponibile su <http://www.dirittoepenaletributario.net>
- Cass. Pen., sez. II, 09 ottobre 2012, n. 42120, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>
- Cass. Pen., Sez. I, 15 novembre 2013, n. 9678, in *Penale Contemporaneo*. Disponibile su <http://www.penalecontemporaneo.it>
- Cass. Pen., Sez. Unite 5 marzo 2014, n. 10561, in *Giurisprudenza Penale*. Disponibile su <http://www.giurisprudenzapenale.com>
- Cass. Pen., Sez. Unite, 27 febbraio 2014, n. 25191, in *Altalex*. Disponibile su <http://www.altalex.com>
- Cass. Pen., Sez. III, 28 novembre 2014, n. 49630, in *Diritto e Giustizia*. Disponibile su <http://www.dirittoegiustizia.it>
- Cass. Pen., sez. II, 13 gennaio 2015, n. 981. Disponibile su <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>



# **IL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO**

*Ten. Ugo Mercurio*



*“L’uomo è una fune tesa tra il bruto e il  
superuomo; una fune sopra l’abisso. Un pericoloso  
andare di là, un pericoloso essere in cammino, un  
pericoloso guardare indietro, un pericoloso  
rabbrivire e arrestarsi. Ciò che è grande  
nell’uomo è d’essere un ponte e non uno scopo: ciò  
che si può amare nell’uomo è il suo essere un  
passaggio e un tramonto”*

*Friedrich Wilhelm Nietzsche*



## INDICE

Introduzione	165
<b>CAPITOLO I</b>	168
Evoluzione storica della cooperazione in materia giudiziaria tra Paesi membri dell'Unione Europea: dall'estradizione al mandato di arresto europeo	
<b>CAPITOLO II</b>	175
La decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo	175
1. Premessa	175
2. Natura e definizione del mandato d'arresto europeo	177
3. Articolazione della DQ 2002/584/GAI del 13 giugno 2002	180
a) <i>Preambolo</i>	180
b) <i>Fase dispositiva</i>	188
<b>CAPITOLO III</b>	208
Il recepimento italiano della decisione quadro 2002/584/GAI: la legge del 22 aprile 2005, n. 69	
1. La procedura passiva di consegna	213
2. La procedura attiva di consegna	244
<b>CAPITOLO IV</b>	259
L'attuazione del Mandato di Arresto Europeo negli altri Stati membri dell'Unione Europea	
<b>CAPITOLO V</b>	268
La tutela dei diritti fondamentali nella disciplina del Mandato di Arresto Europeo e le garanzie riconosciute alla persona ricercata	
<b>CAPITOLO VI</b>	286
Casi giurisprudenziali in tema di Mandato di Arresto Europeo	
Conclusione	300





## Introduzione

Il presente lavoro ha lo scopo di illustrare quale sia stata l'evoluzione della disciplina normativa inerente allo strumento di cooperazione giudiziaria del Mandato di Arresto Europeo, introdotto con la Decisione Quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, di analizzarne le caratteristiche - con specifico riferimento alla normativa italiana di recepimento (legge 22 aprile 2005, n. 69) -, i principali commenti dottrinali, le sue applicazioni giurisprudenziali e, infine, le potenzialità giuridiche da esso derivanti sotto il profilo di un sempre crescente sviluppo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale fra Paesi appartenenti all'Unione Europea. L'attuale contingenza geopolitica che vede l'Europa sotto la costante minaccia del terrorismo internazionale e di una criminalità organizzata sempre meno radicata a confinate realtà territoriali, impone una riflessione circa uno dei principali archetipi fondanti il concetto stesso di sovranità nazionale: lo *jus imperii* espresso dalla totale indipendenza normativa in ambito giudiziario e penale. In un Europa affetta dal paradosso rappresentato dall'aver istituito un Unione di Stati fra loro senza confini ma le cui autorità, al contempo, non scambiano efficacemente le informazioni riguardanti la sicurezza nazionale (esempio lampante ne sono i tragici fatti di Parigi del 13 novembre 2015), risulta evidente come il paradigma politico e, di conseguenza, giuridico necessiti di un cambiamento radicale e come il sistema di sicurezza europeo, originariamente pensato per contrastare minacce esterne, abbia bisogno di essere rivisto al fine di fronteggiare le più attuali sfide rappresentate dall'infiltrazione terroristica e dall'incalzante estensione dei radicamenti socio-economici delle organizzazioni criminali.

In tale ottica, può essere inquadrato il Mandato di arresto europeo, non definibile - *sic et simpliciter* - come una mera riproposizione dello strumento dell'extradizione interpretata in chiave europeista bensì come un traguardo rivoluzionario nel percorso di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e, allo stesso tempo, come una tappa del più lungo e tortuoso cammino di armonizzazione dei sistemi penali fra Paesi europei, vero viatico per la costruzione di un effettivo spazio giuridico comune e la creazione di una tanto agognata identità europea. Si è, dunque, ritenuto di dividere il presente lavoro in sei capitoli, che analizzano, sotto diverse prospettive, il mandato di arresto europeo.

Il primo capitolo descrive, per sommi capi, l'evoluzione storica della cooperazione in materia giudiziaria tra Paesi membri dell'Unione Europea, concentrandosi, in particolare sulla "filogenesi" giuridica delle relazioni fra estradizione e mandato di arresto europeo di cui il Vertice di Tampere del 1999 e il trattato bilaterale italo-spagnolo del 2000 hanno rappresentato delle vere e proprie pietre miliari.

Il secondo capitolo si propone di descrivere didascalicamente il contenuto della decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 e si articola su una premessa che sottolinea gli aspetti salienti prodromici rispetto alla decisione quadro stessa non da ultimo, il contesto storico post attentati dell'11 settembre 2001 in cui essa si incardina -; sulla definizione generale del neo-introdotta Mandato di Arresto Europeo e sulla sua natura giuridica di decisione quadro; sull'analisi della struttura della decisione quadro impostata su un preambolo e una fase dispositiva.

Il terzo capitolo si concentra sul recepimento italiano della decisione quadro 2002/584/GAI mediante la legge del 22 aprile 2005, n. 69 ed è suddiviso, per semplicità argomentativa e in ossequio ad accettato orientamento dottrinale, nell'approfondimento della procedura passiva di consegna e della procedura attiva di consegna. La prima, definita «passiva», delinea la fase di ricezione di una richiesta di consegna proveniente da un altro Stato membro dell'Unione. La seconda, definita «attiva», descrive la procedura volta all'esecuzione di un mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria italiana. All'interno della sezione dedicata alla procedura passiva si dipanano, dunque, in ordine cronologico i diversi "stadi", dall'avvio del procedimento con l'arresto della persona ricercata ad iniziativa della polizia giudiziaria ovvero la ricezione del mandato con conseguenti adempimenti sino alla definizione del procedimento e l'esecuzione della consegna, transitando per l'audizione dell'interessato, gli atti preliminari alla decisione e il giudizio sulla consegna. D'altra parte, nel paragrafo riservato alla procedura attiva sono esplicitati gli organi legittimati alla richiesta di consegna della persona ricercata, il ruolo dell'autorità politica e l'emissione del mandato di arresto stesso con relativi accertamenti sui presupposti e valutazione discrezionale. Infine, a margine, sono state descritte, seppur brevemente le eventuali applicazioni di misure reali scaturenti dal Mandato di Arresto Europeo.

Il quarto capitolo, invece, è strutturato sulla descrizione sommaria delle principali modalità di recepimento della decisione quadro in alcuni Paesi europei. A tal proposito particolare interesse hanno suscitato le legislazioni francesi e norvegese.

La prima, poiché connotata da una riforma costituzionale che ha sancito la sostanziale introduzione dell'istituto del mandato di arresto europeo nella loro carta repubblicana; la seconda, perché se il mandato d'arresto europeo rappresenta un obbligo per gli Stati membri, così non è per la Norvegia che non vi è compresa ma che, essendo inserita nel circuito Schengen attraverso l'adesione al *Convention Implementing The Schengen Agreement* (SIC) del 14 giugno 1985, ha inteso, in via di principio, come un vincolo ineludibile la presa d'atto del mandato d'arresto europeo, specie in relazione agli artt. 54 e 55 della CAAS (Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen) e la stessa decisione quadro come una naturale estensione della originaria convenzione.

Il quinto e ultimo capitolo, infine, è volto alla trattazione di talune recenti sentenze giurisprudenziali circa il Mandato di Arresto Europeo ritenute di rilievo sia sotto il profilo teorico che professionale, in considerazione del ruolo fondamentale svolto dalla polizia giudiziaria nella sua applicazione, soprattutto nella sua procedura passiva. In alcune di esse, ad esempio, si possono riscontrare tematiche di indubbio rilievo per il rapporto tra Mandato di Arresto Europeo e diritti umani (termini di mantenimento in custodia del ricercato, sent. CGUE del 16 luglio 2015, n. C-237/ 15PPU; audizione della persona sottoposta a Mandato di Arresto Europeo, sent. CGUE del 29 gennaio 2013, n. C-396/11; condanna in *absentia*, sent. CGUE del 26 febbraio 2013, n. C-399/11), in materia di giurisdizione e magistrati di collegamento (sent. Cass. Pen., Sez. VI del 5 gennaio 2015, n. 48), relative al principio del *ne bis in idem* (sentt. CGUE del 27 maggio 2014, n. C-128/14 e Cass. Pen., Sez. VI del 31 gennaio 2014, n. 5092) e riguardante il principio di specialità (sent. Cass. Sez. I del 22 settembre 2014, n. 38637).

## CAPITOLO I

**Evoluzione storica della cooperazione in materia giudiziaria tra i Paesi membri dell'Unione Europea: dall'extradizione al mandato di arresto europeo**

L'approccio all'analisi della disciplina - sovranazionale e interna - del mandato di arresto europeo non può prescindere dalla consapevolezza che il nuovo strumento di consegna delle persone ricercate - istituito per soppiantare la tradizionale procedura di estradizione- è parte integrante di un disegno più ampio, finalizzato alla creazione di uno spazio giuridico comune a tutti gli Stati membri dell'Unione.

Sono note, tuttavia, le difficoltà operative che continuano ad ostacolare la realizzazione di questo ambizioso progetto, soprattutto nel settore penale, dove si registrano le maggiori resistenze all'accettazione di un diritto "comunitario" capace di imporsi sui singoli ordinamenti statuali, anche in ragione delle inevitabili ricadute sul piano dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona dalle fonti nazionali di rango primario. La costruzione di uno spazio giuridico comune resta, dunque, un obiettivo tendenziale, nel senso che ad esso occorre avvicinarsi per gradi, peraltro senza la certezza di raggiungerlo in pieno, essendo difficile ipotizzare, almeno allo stato, una sostanziale e definitiva armonizzazione dei sistemi penali europei. È proprio una realistica previsione degli sviluppi del processo di omologazione delle normative nazionali che ha indotto le istituzioni dell'Unione, nell'ultimo decennio, a intensificare gli sforzi finalizzati all'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, ritenendola l'unica prospettiva in grado di produrre risultati concreti sul fronte del potenziamento operativo degli strumenti di cooperazione in materia penale<sup>1</sup>. Il mutuo riconoscimento - quale presupposto per un'efficace circolazione dei provvedimenti giudiziari nel territorio dell'Unione - non richiede, infatti, l'uniformità dei precetti normativi nazionali essendo sufficiente, ai fini della sua concreta attuazione, "una mera corrispondenza delle. garanzie procedurali e dei principi cardine propri dei diversi sistemi repressivi statali, nel cui rispetto

---

<sup>1</sup> Sul punto in questione, G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, 2012 e F. CAPRIOLI, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzie*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007.

le decisioni da riconoscere sono adottate<sup>2</sup>. Da qui, la duplice valenza del principio, «che rappresenta, al tempo stesso il “presupposto” e il “fine” dell’attuale processo di trasformazione dei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria: “presupposto”, perché solo accettando la piena operatività del principio sarà possibile immaginare l’effettiva realizzazione di quello spazio giuridico europeo che costituisce uno dei principali obiettivi dell’Unione Europea; “fine”, perché il completamento di tale spazio, a sua volta, richiede proprio la definitiva affermazione di quel principio»<sup>3</sup>. Le divergenze tra i sistemi penali dei singoli Stati membri - sul fronte sia sostanziale che processuale - legittimano il disconoscimento della decisione resa dall’autorità straniera solo se la stessa risulta inficiata dalla violazione di garanzie fondamentali dell’individuo, come quelle riconosciute dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo nei termini indicati dalla Corte di Strasburgo<sup>4</sup>.

È evidente, infatti, che la lesione di livelli minimi di tutela, comunemente considerati inderogabili, compromette quel senso di fiducia reciproca che è alla base del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Quando, invece, le fisiologiche differenze tra gli ordinamenti nazionali non determinano il *vulnus* di quel nucleo essenziale di garanzie, l’esigenza di cooperazione deve necessariamente prevalere sulla “ragion di Stato”, intesa, quest’ultima, come aprioristica convinzione della supremazia delle regole interne rispetto a quelle adottate in altri Paesi.

È agevole cogliere, alla luce di quanto sin qui osservato, l’essenza del rapporto tra mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari e armonizzazione dei sistemi penali, che sono «due facce della stessa medaglia, identificabile nella costruzione di uno spazio giuridico comune»<sup>5</sup> Nell’alveo del summenzionato concetto di cooperazione europea ed edificazione di uno spazio comune di libertà e sicurezza, ruolo centrale riveste la consegna di persone

<sup>2</sup> F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2010, p. 115.

<sup>3</sup> G. DE AMICIS, *I primi anni di esperienza del mandato di arresto*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del XX convegno nazionale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale*, svolto a Torino il 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, p. 268 s.

<sup>4</sup> M. MENNA, *Il mandato d’arresto europeo tra conflitti di sistemi normativi e valutazioni casistiche*, in Dir. Pen. e processo, 2010, p. 250. In tal senso anche la giurisprudenza: cfr., *ex multis*, Cass. sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 4528, B., in CED Cass., 251959; Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n.16362, Mandaglio, in Cass. pen., 2009, p. 3530, nonché Cass., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 17632, Melina, in Cass. pen., 2008, p. 2929.

<sup>5</sup> F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, cit., p. 115.

ricercate a fini di giustizia e, di conseguenza l'istituto oggetto di questa trattazione. Prima dell'istituzione del mandato di arresto europeo, l'unico modello operativo idoneo a garantire tale possibilità era l'extradizione. Sino alla fine del 1993 l'extradizione era ancora saldamente ancorata alla disciplina enunciata durante la Convenzione del Consiglio d'Europa di Parigi del 1957 che delineava "l'accettazione di regole uniformi in tema d'extradizione" come "strumentale al progresso dell'opera di unificazione" tra i membri del Consiglio d'Europa. In tale ottica, la Convenzione di Parigi del 1957 sanciva un generale impegno all'extradizione reciproca degli individui ricercati in base a titolo cautelare o definitivo determinando, nel contempo, dispositivi di funzionamento, condizioni ostative e circostanze legittimanti.

A tal proposito, erano stabiliti dei limiti quantitativi inerenti alla sanzione editale per i reati motivanti il processo di estradizione; la sussistenza della cosiddetta 'doppia incriminazione' disciplinata ex art. 2 della citata Convenzione che prevedeva la necessità che il fatto su cui si fonda la richiesta d'extradizione fosse previsto come reato anche dall'ordinamento dello Stato richiesto; l'impedimento ex artt. 3, 4 e 5 per reati di natura politica o, comunque, motivati da considerazioni di carattere etnico, politico, religioso ovvero in caso di natura militare o fiscale del fatto integrativo di reato. Non da ultimi, gli artt. 6, 9 e 10 prevedevano, rispettivamente, una generica facoltà per ciascuna Parte contraente di rifiutare l'extradizione dei propri cittadini; il principio del "*ne bis in idem*" (fattispecie di natura processuale che non consentiva l'extradizione quando l'individuo reclamato fosse stato definitivamente giudicato dalle autorità competenti della Parte richiesta, per i medesimi fatti che motivano la domanda), i limiti di intervenuta prescrizione del reato. Per le motivazioni sopra esposte sarà, nel corso degli anni, riscontrata l'incidenza negativa delle troppo numerose condizioni ostative e, parimenti, la farraginosità delle singole procedure. Infine, poiché la Convenzione non disciplinava modelli comuni di sistemi procedimentali e caratteristiche formali del titolo estradizionale, tali meccanismi risultavano rinviati a procedure dettate dai singoli Stati aderenti. A titolo esemplificativo, nell'ordinamento italiano, è stato adottato un sistema misto<sup>6</sup> che abbina e coordina una fase più propriamente politica, in capo alla figura del Ministro della Giustizia, quale esponente

---

<sup>6</sup> Art. 697-722 Codice di Procedura Penale e, sul punto, Sez. VI, Sent. n.45253 del 22 novembre 2005, Cc.-dep. 13 dicembre 2005, Rv. 232633 e sez.VI, 10 ottobre 2008, n. 40283 dep. 28 ottobre 2008.

qualificato dello Stato, e una fase giurisdizionale affidata all'autorità giudiziaria, individuata nella Corte d'Appello.

Il Ministro della Giustizia ha competenza esclusiva per l'emanazione del decreto d'estradizione e gli spetta l'impulso in ordine all'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale, nelle ipotesi di ricorrenza di specifiche esigenze cautelari. Nonostante il significativo mutamento di prospettiva intervenuto tra 1985 e 1990 derivante dagli accordi di Schengen e relativa Convenzione di applicazione degli stessi, fatta eccezione per l'istituzione del SIS (Sistema d'informazione Schengen) dispositivo teso a migliorare la quantità di informazioni per l'individuazione delle persone ricercate, per quanto riguarda l'estradizione restarono immutati i meccanismi tradizionali previsti dalla Convenzione del 1957<sup>7</sup>. Una prima azione innovatrice dell'istituto estradizionale avvenne tra il 1995 e il 1996 con le Convenzioni di Bruxelles<sup>8</sup> e Dublino<sup>9</sup> che, integrando la Convenzione di Parigi del 1957, hanno in parte percepito le mutate esigenze dell'Unione introducendo, rispettivamente, la procedura semplificata d'estradizione e una sostanziale modifica dei summenzionati discussi motivi ostativi.

La prima prevedeva, in caso di consenso dell'estradando e dell'Autorità competente dello Stato richiesto, che la consegna avvenisse senza necessità di presentare domanda d'estradizione e senza avviare la procedura formale, nel termine di venti giorni dalla comunicazione della decisione resa dalle autorità competenti dello Stato richiesto. La seconda, invece, sanciva una parziale deroga al principio della "doppia incriminazione" disciplinato ex art. 3 Conv. Dublino che disponeva che l'estradizione non potesse essere rifiutata nei casi di reati sufficientemente gravi (puniti con pena detentiva nel massimo non inferiore a dodici mesi) e configurati come cospirazione o associazione finalizzate alla commissione di atti terroristici o di illeciti quali traffico di stupefacenti, criminalità organizzata o generici altri atti di violenza anche quando la legge dello Stato membro richiesto non prevede che gli stessi fatti costituiscano reato. In questo modo, il rifiuto all'estradizione permaneva per gli Stati che non riconoscevano fattispecie associative svincolate dalla concreta commissione dei delitti fine del sodalizio, attraverso un'apposita facoltà di riserva; tuttavia, contestualmente, essi dovevano impegnarsi a introdurre nel

---

<sup>7</sup> Sul punto cfr. L. SALAZAR, *L'estradizione nella convenzione di Schengen*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1034.

<sup>8</sup> Pubblicata in *G. U.C.E.*, 30 marzo 1995, n. C 78, p. 1.

<sup>9</sup> Pubblicata in *G. U.C.E.*, 23 ottobre 1996, n. C 313, p. 11.

proprio ordinamento forme di reato associativo tese a prevenire l'eventualità della mancanza del requisito della doppia incriminazione. Inoltre, la Convenzione di Dublino interveniva sulle circostanze ostative la richiesta d'estradizione sopprimendo il divieto di estradizione del cittadino, l'irrilevanza dell'intervenuta prescrizione e l'attenuazione della rilevanza del principio di specialità, in base a cui non è possibile adottare misure restrittive della libertà personale o procedere nei confronti dell'estradato per fatti anteriori e diversi rispetto a quelli motivanti l'estradizione concessa. Tali miglioramenti non hanno però mai potuto concretamente venire apprezzati in ragione della mancata ratifica da parte degli Stati membri (l'Italia è a tutt'oggi rimasta l'unica dei 'vecchi' quindici a non aver ratificato)<sup>10</sup>. Una spinta in avanti decisiva per una svolta vigorosa nella disciplina della materia estradizionale si ebbe con il Vertice di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 che, data la sua importanza verrà analizzato con dovizia in seguito (vd. Cap. II, Par. 1), durante il quale il Consiglio Europeo stabilì, mediante la Raccomandazione n. 35, che "la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone in conformità con l'art.6 del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure d'estradizione accelerate, fatto salvo il principio dell'equo processo"<sup>11</sup>. Infine, seppur su un piano strettamente bilaterale, il Trattato tra Italia e Spagna firmato a Roma il 28 novembre del 2000<sup>12</sup> segnò una concreta e storica svolta nell'evoluzione della cooperazione in materia estradizionale. Esso, difatti, rappresenta il vero prodromo del Mandato di Arresto Europeo prevedendo un sostanziale superamento della natura stessa del precedente istituto estradizionale e della relativa fase politico-giurisdizionale che caratterizzava la sua procedura formale.

Tale accordo bilaterale, infatti, prevedeva, per precise fattispecie di reato indicate nell'art. 1 par. 1, tra cui terrorismo, criminalità organizzata e traffico di stupefacenti e,

---

<sup>10</sup> Accanto all'Italia, anche altri 6 nuovi Stati membri non risultano avere ratificato le due convenzioni.

<sup>11</sup> Cfr. punto 35 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, in Cass. pen.; Cfr. punto 39 delle conclusioni del Consiglio europeo: «Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale. Esso riconosce che occorre potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto e chiede al Consiglio di determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali»; Cfr. punto 33 delle stesse conclusioni.

<sup>12</sup> Pubblicato in Documenti giustizia, 2000 (6), c. 1405 s. li disegno di legge di ratifica, presentato il 13 novembre 2001, reca il n. A.C. 1934.



comunque, la cui pena massima prevista per questi fatti sia di almeno quattro anni di restrizione della libertà personale, che, in virtù del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, non fosse avviata la procedura formale d'extradizione ma un mero ordine di consegna da uno Stato all'altro della persona ricercata.

Non trovavano più applicazione tra le Parti la regola della doppia incriminazione e la regola della specialità, non rilevando neanche l'eventuale circostanza che il provvedimento di condanna fosse stato emesso in *absentia*. Gli unici motivi di rifiuto che sopravvivevano erano l'insufficienza della documentazione allegata alla richiesta se non soddisfacente i requisiti minimi dell'art. 3 e l'accordata immunità alla persona richiesta da parte dell'ordinamento dello Stato richiesto.

Risulta evidente come la decisione quadro del 13 Giugno 2002 istitutiva del Mandato di Arresto Europeo (d'ora in avanti MAE) e il relativo superamento del modello tradizionale estraditivo si incardini nel percorso evolutivo sinora delineato come una tappa fondamentale e auspicabilmente non finale del percorso di condivisione europea in ambito giudiziario<sup>13</sup>.

Infine, dunque, il passaggio dal consueto sistema estradizionale a quello delineato dal mandato d'arresto europeo non poteva non essere accompagnato dalla tendenzialmente integrale sostituzione dell'extradizione e degli strumenti internazionali che la disciplinano.

Stabilisce, infatti, l'art. 31 della decisione quadro 2002/584/GAI che «le disposizioni contenute nella presente decisione quadro sostituiscono, a partire dal 1 gennaio 2004, le corrispondenti disposizioni delle convenzioni [...] applicabili in materia di estradizione». Ovvio che la previsione de qua non potesse decretare l'abrogazione degli accordi in materia: anzitutto, alcuni di quelli richiamati dalla norma in questione non sono riconducibili all'attività legislativa dell'Unione europea, sicché non sarebbe stato possibile che questa li eliminasse dal panorama normativo, ancorché soltanto con riguardo ai rapporti tra gli Stati comunitari.

In secondo luogo, pure per le convenzioni dell'Unione o delle Comunità europee non ne è sembrata evidentemente opportuna la soppressione *tout court*, probabilmente anche

---

<sup>13</sup> Per considerazioni di segno analogo, cfr. E. BRUTI LIBERATI, I. J. PATRONE, *Il mandato d'arresto*, cit., p. 76 e 78; M. R. MARCHETTI, *Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo: problemi di diritto transitorio*, in AA.VV. *Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo* di M. BARGIS, G. SELVAGGI.

considerata la diversità degli strumenti normativi utilizzati (convenzioni-decisioni quadro). Va aggiunto, poi, che il richiamo alle disposizioni corrispondenti lascerebbe intravedere una possibile sopravvivenza di quelle relative ad aspetti eventualmente non trattati dalla decisione quadro, ovvero più idonee ad assicurare la semplificazione della consegna del soggetto. Quest'ultimo profilo è tenuto specificamente in considerazione dal par. 2 della norma di cui si parla, allorché si fa esplicito riferimento alla possibilità di continuare ad applicare accordi o intese bilaterali o multilaterali che consentono «di approfondire o andare oltre gli obiettivi di quest'ultima [la decisione quadro] e contribuiscono a semplificare o agevolare la consegna del ricercato». E il fine di rendere più rapida e facile la rimessa del soggetto è anche alla base della seconda parte del par. 2, secondo il quale non è inibita la facoltà di stipulare patti tra gli Stati membri, anche dopo l'entrata in vigore della decisione quadro, fermo restando che tali intese non vincolano gli Stati che non siano parti delle stesse. Del resto, l'impossibilità di sopprimere le convenzioni in tema di estradizione deriva anche dal fatto che l'art. 32 della decisione della quale si discorre prevede l'applicazione della normativa estradizionale per le richieste anteriori al 1 gennaio 2004, e la facoltà per gli Stati di continuare ad utilizzarla con riguardo ai reati commessi antecedentemente ad una data non posteriore al 7 agosto 2002. Sarebbe stato, dunque, incoerente stabilire l'abrogazione di norme la cui applicabilità è esplicitamente prevista, e possibile, ben oltre il termine individuato nell'esordio della disposizione da ultimo richiamata. Certo, si sarebbe anche potuto fissarne l'abolizione a partire dalla data stabilita per l'adeguamento della normativa interna con la clausola di salvezza relativa alla loro ipotizzabile ultrattività nel caso di opzione in tal senso degli Stati; nondimeno, una simile regolamentazione, oltre ad essere inibita per le ragioni prima brevemente segnalate, avrebbe avuto anche il difetto di una minore linearità rispetto alla "sostituzione" della quale si parla nell'art. 31 par. 1.13.

## CAPITOLO II

### La decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo

#### 1. Premessa

La decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri è stato il primo strumento adottato dall'Unione per dare attuazione al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed è anche il primo ad essere entrato concretamente in vigore a partire dal 1° Gennaio 2004.

Anche se la decisione quadro è stata formalmente adottata solo in occasione del Consiglio dei Ministri della Giustizia ed Affari interni (GAI) di Lussemburgo del 13 giugno 2002<sup>14</sup>, l'accordo tra tutti i responsabili politici degli Stati membri era stato già raggiunto sin dal Dicembre 2001, a pochi mesi di distanza dai tragici attentati dell'11 Settembre. Il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 costituì un momento centrale e portante ai fini della svolta europeista in atto da decenni. Vennero affermati alcuni capisaldi ad oggi ancora in corso di realizzazione, a partire dalla garanzia della libertà non solo per i cittadini dell'Unione, ma anche per quanti fossero "legittimamente indotti dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio" (punto 3), come dalla creazione di uno spazio autentico di giustizia in cui "i criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri" e ciò rendendo anche gli ordinamenti giuridici maggiormente compatibili e convergenti (punto 5).

La sezione B delle conclusioni adottate nel Consiglio europeo di Tampere invita al rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze (n. 33)<sup>15</sup> in ambito civile e penale; in materia penale alla rapida ratifica delle convenzioni UE

---

<sup>14</sup> Il testo della decisione quadro è pubblicato in G.U.C.E., 18 luglio 2002, n. L 190.

<sup>15</sup> Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, n. 33: «In materia penale, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a ratificare rapidamente le convenzioni UE del 1995 e 1996 sull'extradizione. Esso ritiene che la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità dell'art.6

del 1995 e 1996 sull'extradizione da parte degli Stati membri (n. 35); al reciproco riconoscimento anche nelle ordinanze preliminari onde permettere alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili (n. 36). La sezione C delle conclusioni si sofferma poi sulla lotta contro la criminalità a livello di Unione europea (nn. 40 a 58).

Premesse così importanti hanno visto un seguito di considerevole spessore, tra gli altri, nel successivo Consiglio europeo di Laecken del 14 e 15 dicembre 2001, nelle cui conclusioni si ribadisce la solidarietà dell'Unione europea e della comunità internazionale nella lotta contro il terrorismo nel rispetto dei diritti e delle libertà individuali (punto 17), dettando alcune linee operative generali in merito, per precisare in maniera oseremmo dire inequivocabile il percorso *in fieri* e da realizzare in materia di armonizzazione delle legislazioni, riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e mandato d'arresto europeo. La base giuridica e politica europea che, vale la pena di ricordare, deriva da un accordo degli Stati membri attraverso i loro rappresentanti, viene decisamente disciplinata sia nel trattato dell'Unione europea che nella Carta dei diritti di Nizza e, ora, nel testo della Costituzione europea<sup>16</sup>.

La decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo rappresenta, dunque, un vero e proprio punto di rottura all'interno del panorama politico dell'Unione. Raramente un altro testo dell'Unione europea è stato oggetto di tanto interesse e di un così appassionato dibattito interno nel corso delle concitate fasi di negoziato dell'autunno 2001 nonché nell'approssimarsi della sua concreta entrata in vigore<sup>17</sup>.

---

del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di equo processo. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare proposte al riguardo alla luce della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen».

<sup>16</sup> Legge 7 aprile 2005, n. 57 - Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi con atto finale, protocolli e Dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004 - G.U. 21 aprile 2005, n. 70/L.

<sup>17</sup> Tra i primi commenti alla decisione v. in particolare E. BRUTI LIDERATI, I. J. PATRONE, *Il mandato d'arresto europeo*, in Quest. giust., 2002, p. 70 ssg.; E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laecken la lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in Guida al diritto, 2002 (5), p. 106 s.; ID., *Via libera al mandato di cattura formato Europa*, ivi, 2002 (6), pp. 104 ssg.; N. GALANTINI, *Prime osservazioni sul mandato di arresto europeo*, in Foro ambr., 2002, p. 261 s.; E. SELVAGGI, O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato d'arresto europeo*, in Cass. pen., 2002, pp. 445 ssg., dove si trova anche una indicazione esemplificativa delle varie posizioni, a favore e non; E. SELVAGGI, *Il mandato d'arresto europeo alla prova dei fatti*, "Mandato di arresto Europeo" M. BARGIS, E. SELVAGGI, 2002, p. 2978 s.; ID.; *Attuazione del mandato europeo di arresto tra incomprensioni e... pretesti*, "Mandato di arresto Europeo" M. BARGIS, E. SELVAGGI, 2003, p. 3651 s.; nonché E. BARBE, *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne: mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *Révue du*

A fomentare le polemiche non è forse rimasta del tutto estranea la stessa denominazione dello strumento focalizzata sul momento dell'arresto; l'impiego di un'altra espressione, di minor drammaticità ed impatto mediatico (quale ad esempio "ordine europeo di consegna di persone ricercate"), avrebbe forse sollecitato in minor misura l'immaginario della pubblica opinione e di alcuni politici.

## 2. Natura e definizione del mandato d'arresto europeo

Il mandato di arresto europeo (cosiddetto MAE) nasce dalla DQ 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, adottata dal Consiglio dell'Unione europea. Si tratta della prima concretizzazione del principio del mutuo riconoscimento posto come fondamento e guida per la costruzione dello "spazio comune di libertà sicurezza e giustizia"<sup>18</sup>.

Il MAE delinea un modello di cooperazione tra gli Stati membri innovativo che supera i tradizionali meccanismi estradizionali. Per le sue peculiari caratteristiche, le quali permettono di delucidare un sistema semplificato di arresto e consegna delle persone ricercate, la nuova procedura si distacca notevolmente dall'extradizione. Il ruolo dei Governi, per esempio, elemento fondante del meccanismo di più vecchia data, diviene irrilevante<sup>19</sup>.

Con il mandato di arresto, infatti, si viene a creare un collegamento diretto, e quindi più celere, tra le varie autorità giudiziarie dei diversi Paesi, al fine di ricercare e consegnare

---

*Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, p. 5 s.; più estensivamente v. M. BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2421 s.; EAD., *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 49 ssg.; A. CASSESE, *Il recepimento da parte italiana della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1565 s.; M. CHIAVARIO, *Un tema sempre più scottante: il «mandato d'arresto europeo»*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 609 s.; D. FLORE, *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in *Journal des Tribunaux*, 2002, pp. 273 ssg.; V. GREVI, *Il «mandato d'arresto europeo» tra ambiguità politiche ed attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002, p. 119 s.; G. IUZZOLINO, *Cooperazione internazionale e mandato d'arresto europeo*, in *Dir. e giust.*, 2003 (15), p. II s. (inserto speciale); L. SALAZAR, *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1041 ssg.; D. MANZIONE, *Il mandato d'arresto europeo*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 975 s.; G. VASSALLI, *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. e giust.*, 2002 (28), pp. 8 ssg.

<sup>18</sup> Art. 29 TUE, titolo VI «Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale».

<sup>19</sup> La decisione quadro, infatti, prevede, all'art. 7 l'eventuale partecipazione di un'autorità amministrativa centrale, ma al solo scopo di assistere le autorità giudiziarie, ed affida ad essa compiti di mera ricezione e trasmissione degli atti relativi alla procedura di consegna.

le persone condannate o processate per reati di una certa gravità o sanzionati con pene altrettanto gravi. Altre novità riguardano la previsione di un numero predeterminato di motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi, la scomparsa del controllo sulla doppia incriminazione per un ampio catalogo di fattispecie criminose (art. 2.2 DQ) e, infine, la maggiore rapidità e certezza nell'esecuzione del mandato d'arresto<sup>20</sup>. È l'art. 31 della decisione quadro che prevede la sostituzione, dal 1 gennaio 2004, di tutte le disposizioni in materia di estradizione vigenti tra gli Stati dell'Unione<sup>21</sup>.

Il “mandato di arresto europeo” è definito, all'art. 1.1 della fonte presa in esame, come “una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà”. Alla suddetta decisione, cosiddetta “eurordinanza”, gli Stati membri danno esecuzione in base al principio del mutuo riconoscimento<sup>22</sup>. Si tratta, dunque, di uno strumento normativo di coazione e limitazione della libertà personale, secondo le disposizioni e con le modalità definite nella decisione quadro.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del MAE, l'art. 2 DQ individua due distinti gruppi di reati per cui opera in modo diverso. Il primo gruppo, disciplinato al primo paragrafo, prevede che possa essere emesso per “fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi”. L'art. 2.2 individua l'altra categoria, una lista di trentadue aree penalmente rilevanti, per le quali si esclude la clausola della doppia incriminazione<sup>23</sup>. Per tali ipotesi, se nello Stato di emissione è prevista una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale non inferiore a tre anni, si impone agli altri Stati l'obbligo di esecuzione del mandato. «Indipendentemente, dunque, dal fatto che la valutazione di

---

<sup>20</sup> La riduzione dei tempi di esecuzione dipende dalla previsione di termini massimi per la decisione sulla consegna e sul successivo trasferimento della persona.

<sup>21</sup> M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 4° ed., Torino, 2009, pp. 772-74; E. FORTEZZA *La tutela dei diritti fondamentali nella disciplina del mandato d'arresto europeo tra ordinamento interno e comunitario*, Pisa, 2013.

<sup>22</sup> Art. 1.2 decisione quadro 2002/584/GAI.

<sup>23</sup> Per clausola della doppia incriminazione si intende uno dei tipici limiti oggettivi alla procedura di estradizione: il fatto per cui l'extradizione è sollecitata deve essere previsto come reato anche nella legislazione dello Stato richiesto, altrimenti, il rifiuto della consegna del ricercato sarà legittimo.

illiceità penale sia condivisa anche dallo stato di esecuzione del mandato<sup>24</sup>». Si è voluto, in realtà, per delle aree di disvalore talmente eclatanti e condivise in seno all'UE<sup>25</sup>, presupporre l'esistenza della doppia incriminazione della quale, così, viene ad essere eliminata la verifica. L'introduzione di questo nuovo sistema semplificato di consegna delle persone imputate o condannate ha permesso di eliminare le complessità e i potenziali ritardi tipici della disciplina dell'extradizione. Nel tempo la Corte di giustizia ha avuto modo di intervenire sulla decisione quadro in esame chiarendone i profili più problematici. In primo luogo è stato esplicito l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla lettera e alle finalità dell'atto in questione (sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*)<sup>26</sup>.

La disciplina del MAE è contenuta in una particolare fonte di produzione: la decisione quadro. Detta fonte è vincolante in quanto al risultato da conseguire, ma lascia ampia discrezionalità ai legislatori nazionali nella scelta della forma e dei mezzi da utilizzare per il raggiungimento degli scopi fissati dagli organi sovranazionali.

Nel caso *Pupino*, tuttavia, la Corte precisa che la decisione quadro non è soltanto produttiva di obblighi per gli Stati, ma vincola anche il giudice nazionale, che è tenuto ad interpretare la norma interna in conformità delle disposizioni contenute nell'atto dell'U.E., salvo che tali norme siano contrarie ai principi dell'ordinamento o della legge penale.

In concreto l'interpretazione conforme agisce sia nelle ipotesi in cui esista una specifica disposizione di attuazione, sia quando, pur in carenza di tale disposizione, esistano norme nazionali suscettibili di essere interpretate in modo da non creare un contrasto con la DQ.

La pronuncia in commento è stata fondamentale per l'implementazione della cooperazione giudiziaria a prescindere dalla discrezionalità politica dei singoli governi.

Successivamente, la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire la non illegittimità dell'art. 2, par. 2 DQ (sentenza 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*)<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 774.

<sup>25</sup> Nella lista, infatti, compaiono reati particolarmente gravi, quali la partecipazione a un'organizzazione criminale, il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia infantile ecc.

<sup>26</sup> Corte di giustizia CE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, in Guida al Diritto, 2005, n. 26, p. 67.

<sup>27</sup> Corte di giustizia CE, sentenza del 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in Foro It., 2007, IV, p. 438.

La Corte statuisce che la norma richiamata, nella parte in cui sopprime il tradizionale requisito della doppia incriminazione per le 32 categorie di reato ivi elencate, non contrasta con i principi di legalità e di uguaglianza. In particolare, l'art. 2, par. 2 DQ non viola il principio di legalità dei reati e delle pene, in quanto la definizione degli stessi e delle sanzioni applicabili continua a rimanere nella competenza dello Stato emittente. Grava, infatti, su tale Stato l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 T.U.E., tra i quali è sicuramente ricompreso il principio di legalità dei reati e delle pene.

Il giudice comunitario ha escluso che la decisione quadro sul MAE abbia ad oggetto un'attività di armonizzazione sostanziale degli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni ad essi applicabili. In definitiva, la carenza di tassatività o determinatezza delle fattispecie incriminatrici non pone nessun problema di legittimità della norma.

La Corte di giustizia, inoltre, chiarisce che l'individuazione delle fattispecie di reato di cui all'art. 2, par. 2 DQ, non comporta alcuna violazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione perché trattasi di condotte che per la loro natura e per l'entità della pena comminata, ben giustificano l'introduzione di un meccanismo di consegna obbligatoria basato sulla soppressione del requisito della doppia incriminazione.

### **3. Articolazione della DQ 2002/584/GAI del 13 giugno 2002**

La DQ 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 si articola in due elementi fondamentali: un preambolo e una fase dispositiva.

#### *a) Preambolo*

Esso consta di quattordici "considerando", da cui traspaiono gli intenti del legislatore europeo e i principi cui esso si è ispirato in sede di redazione del documento.

I punti dal n. 1 al n. 4<sup>28</sup>, evidenziano le conclusioni del Vertice di Tampere e riassumono, ripercorrendolo, il quadro di cooperazione in materia estradizionale.

---

<sup>28</sup> In base alle conclusioni del Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ed in particolare il punto 35, è opportuno abolire tra gli Stati membri la procedura formale di estradizione per quanto riguarda le



In sostanza, la finalità perseguita è quella di fornire un significativo appiglio testuale al MAE, attraverso il riferimento al contenuto del Vertice e di radicarlo nel solco della tradizione di cooperazione istituzionale in materia estradizionale, di cui, nell'intendimento dei redattori, il mandato europeo d'arresto costituisce naturale evoluzione e sviluppo. A tal fine il considerando n. 11<sup>29</sup> dispone che il mandato europeo d'arresto dovrebbe sostituire, tra gli Stati membri, tutti i precedenti strumenti in tema di estradizione, nonché le disposizioni del titolo III della convenzione d'applicazione dell'accordo di Schengen concernenti la suddetta materia<sup>30</sup>.

Fondamentale è il considerando n. 5, secondo cui, l'obiettivo perseguito dalla Unione europea, di diventare un'area di libertà, sicurezza e giustizia, ha fatto venire meno la necessità di ricorrere alle procedure formali di estradizione tra i Paesi membri, ritenute troppo complesse ed affette dall'eventualità di potenziali ritardi; per tali motivi, la classica cooperazione tra gli Stati membri, deve essere sostituita da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie penali, siano esse intervenute in fase anteriore alla sentenza, ovvero definitive. Il concetto è ribadito dal n. 6, che descrive il MAE come prima

---

persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed accelerare le procedure di estradizione per quanto riguarda le persone sospettate di aver commesso un reato.

(2) Il programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, previsto al punto 37 delle conclusioni di Tampere e adottato dal Consiglio il 30 novembre 2000

(4), affronta la questione dell'esecuzione reciproca del mandato d'arresto.

(3) Tutti o alcuni degli Stati membri aderiscono ad una serie di convenzioni nel settore dell'extradizione. Tra queste si possono annoverare la convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 e la convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977. I Paesi nordici possiedono leggi sull'extradizione redatte in modo identico.

(4) Inoltre, gli Stati membri hanno concluso tra loro le seguenti tre convenzioni concernenti in tutto o in parte l'extradizione, che fanno parte dell'acquis dell'Unione: la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo alla soppressione graduale dei controlli alle frontiere comuni nelle relazioni tra gli Stati membri parte della convenzione (5), del 19 giugno 1990, la convenzione del 10 marzo 1995 relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea (6) e la convenzione del 27 settembre 1996 relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea (7).

<sup>29</sup> (11) Il mandato d'arresto europeo dovrebbe sostituire tra gli Stati membri tutti i precedenti strumenti in materia di estradizione, comprese le disposizioni del titolo III della convenzione d'applicazione dell'accordo di Schengen che riguardano tale materia.

<sup>30</sup> Acquis di Schengen - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni firmata il 19 giugno 1990 dai rappresentanti dei Governi del Regno del Belgio, della Repubblica federale di Germania, della Repubblica francese, del Granducato di Lussemburgo e del Regno dei Paesi Bassi.

concretizzazione, nel settore del diritto penale, “del principio del riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito fondamento della cooperazione giudiziaria”<sup>31</sup>.

Il considerando n. 7<sup>32</sup> rappresenta il fondamento dell’attività normativa dell’Unione in materia.

Poiché, infatti, l’obiettivo di sostituire il sistema multilaterale d’extradizione, basato sulla Convenzione europea del 1957 e relativi protocolli addizionali, non può essere agevolmente realizzato unilateralmente dai singoli Stati membri, esso deve essere perseguito a livello di Unione europea secondo il principio della sussidiarietà, definito dal combinato disposto degli artt. 2<sup>33</sup> del Trattato TUE e 5<sup>34</sup> del Trattato istitutivo delle Comunità europee.

---

<sup>31</sup> (5) L’obiettivo dell’Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell’extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Inoltre l’introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate, al fine dell’esecuzione delle sentenze di condanna in materia penale o per sottoporle all’azione penale, consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione. Le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra Stati membri dovrebbero essere sostituite da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

(6) Il mandato d’arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria.

<sup>32</sup> Poiché l’obiettivo di sostituire il sistema multilaterale di estradizione creato sulla base della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 non può essere sufficientemente realizzato unilateralmente dagli Stati membri e può dunque, a causa della dimensione e dell’effetto, essere realizzato meglio a livello dell’Unione, il Consiglio può adottare misure, nel rispetto del principio di sussidiarietà menzionato all’articolo 2 del trattato sull’Unione europea e all’articolo 5 del trattato che istituisce le Comunità europee. La presente decisione quadro si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

<sup>33</sup> 1. L’Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli.  
 2. L’Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima.  
 3. L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.

L’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore.

Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri.

Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo.

<sup>34</sup> La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità

Il principio in esame esige che, prima di decidere se e come esercitare una propria competenza non esclusiva, l'Unione valuti se gli obiettivi dell'azione prevista possano essere realizzati sufficientemente tramite un'azione dei Paesi membri ovvero possano essere realizzati meglio a livello dell'Unione. Ed è ciò che afferma il punto 7<sup>35</sup> del Preambolo, al fine di sottolineare che l'attività normativa dell'Unione in materia si giustifica appieno in ragione della dimensione e dell'effetto dell'azione istituzionale. La seconda parte della formulazione in parola afferma anche la compatibilità dell'attività di normazione al principio di proporzionalità, che esige la corrispondenza proporzionale delle azioni dell'Unione allo scopo da perseguire, recitando “la presente decisione quadro si limita a quanto necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità [...]”.

I punti n. 8<sup>36</sup> e 9<sup>37</sup> del Preambolo sono di grande importanza teorica e sistematica rappresentando un'anticipazione della struttura procedurale del MAE.

Il considerando n. 8 stabilisce, in via generale, la necessità di un controllo sufficiente, da parte dell'autorità dell'esecuzione, il che implica che, in seguito alla comunicazione del mandato d'arresto da parte dell'autorità emittente, gli organi giurisdizionali dello Stato richiesto, a ciò deputati, prendano una decisione relativamente alla consegna.

Il numero 8 vale, invece, a ridimensionare il ruolo, storicamente preminente, delle autorità centrali, nell'esecuzione del MAE. Evolvendosi la disciplina, nel senso di un sistema completamente fondato sulla semplice consegna della persona richiesta, il ruolo delle autorità centrali diventa, di conseguenza, marginale e residuale, essendo, per disposizione

interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato.

<sup>35</sup> Poiché l'obiettivo di sostituire il sistema multilaterale di estradizione creato sulla base della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 non può essere sufficientemente realizzato unilateralmente dagli Stati membri e può dunque, a causa della dimensione e dell'effetto, essere realizzato meglio a livello dell'Unione, il Consiglio può adottare misure, nel rispetto del principio di sussidiarietà menzionato all'articolo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 5 del trattato che istituisce le Comunità europee. La presente decisione quadro si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

<sup>36</sup> (8) Le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna.

<sup>37</sup> (9) Il ruolo delle autorità centrali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo dev'essere limitato all'assistenza pratica e amministrativa.

espressa, limitato all'assistenza pratica e amministrativa. Inoltre, il numero 10<sup>38</sup> qualifica la fiducia reciproca come presupposto e caposaldo del MAE, statuendo che l'attuazione del meccanismo del mandato d'arresto potrà essere sospesa solo nel caso di grave e persistente violazione, da parte di uno Stato membro, dei principi sanciti dall'art. 6, paragrafo 1 TUE<sup>39</sup> constatata dal Consiglio in applicazione dell'art. 7 paragrafo 1 dello stesso Trattato e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo. Si tratta dello speciale procedimento sanzionatorio introdotto dal Trattato di Amsterdam, al fine di rafforzare ulteriormente la tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, secondo il quale in caso di violazioni gravi e persistenti, il Consiglio europeo, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, può, deliberando a maggioranza qualificata, sospendere lo Stato responsabile da alcuni dei diritti derivanti dal trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo in seno al Consiglio stesso. Si tratta di una procedura dal carattere eminentemente politico, che fa riferimento ad una situazione generale di violazione dei diritti umani, non alla violazione effettiva o potenziale dei diritti dell'accusato nella fattispecie. La rilevanza di essa, quale strumento di tutela dei diritti umani nel contesto del MAE, non va, tuttavia, sottovalutata. È, infatti, sufficiente pensare al fenomeno della lentezza della giustizia in Italia, che ha condotto ad una irrefrenabile valanga di sentenze di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>40</sup> che ha rimarcato la responsabilità del nostro Paese per la violazione endemica e costante di una delle garanzie fondamentali dell'equo processo.

In linea teorica non può essere accantonata l'eventualità che venga azionato il dispositivo accertativo-sanzionatorio richiamato nel Preambolo, al fine di sospendere gli effetti della decisione quadro nei confronti di una nazione che versa in uno stato di continuata, e quasi tollerata violazione di uno dei diritti fondamentali della persona ricercata.

---

<sup>38</sup> (10) Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, dello stesso trattato, e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo.

<sup>39</sup> Lo Statuto della Corte penale internazionale descrive, con le disposizioni del titolo 9, un sistema di cooperazione giudiziaria verticale "di tipo secondario" tra la Corte e gli Stati Parte. In proposito si veda M. PISANI, *La consegna dell'estraddando: tipologie ed equipollenti*, in *Tem e casi di procedura penale internazionale*, Milano 2001.

<sup>40</sup> La prima, oramai, storica sentenza di condanna nei confronti dell'Italia per la irragionevole durata di un processo, seppure, nella fattispecie, civile, si ebbe nel caso *Capuano*, ed è datata 25.6.1987; si trattava, in particolare, di un procedimento di cognizione definito dopo dieci anni e quattro mesi.

Viene predisposta, quindi, una sorta di clausola di salvaguardia, applicabile nell'ipotesi di constatazione, in seguito a procedura formale, della violazione grave e persistente dei diritti e libertà fondamentali di cui all'art. 6, paragrafi 1 e 2 TUE<sup>41</sup>. Questa circostanza, pregiudicando grandemente il presupposto, indispensabile, della fiducia, nei confronti dello Stato responsabile, legittima la sospensione dell'attuazione del MAE da parte degli altri Paesi membri.

Il considerando n. 12 riguarda la natura "politica" del reato e sancisce il rispetto dei diritti fondamentali. La disposizione esordisce affermando la compatibilità della decisione con la tutela dei diritti fondamentali e con i principi sanciti dall'articolo 6 TUE e contenuti nel capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si tratta di una previsione della massima importanza, essendo preoccupazione del legislatore europeo il fugare ogni dubbio sulla conciliabilità dello strumento in esame con i principi fondamentali e i diritti dell'uomo, che rappresentano i valori costituzionali primari dell'Unione. La seconda parte della norma in esame si occupa della natura "politica" del reato. È di capitale importanza cercare di chiarirne la portata e il contenuto, dal momento che severe critiche, relativamente all'incompletezza delle disposizioni della decisione quadro, sono state mosse, a causa della mancata previsione della natura politica del reato quale possibile condizione ostativa l'esecuzione del mandato. Nel nostro Paese si è obiettato, altresì, che l'assenza della condizione suddetta, legittima gravi perplessità circa la compatibilità del MAE con la nostra Carta costituzionale e, in particolare, con l'art. 26<sup>42</sup>, che vieta espressamente l'extradizione per reati politici. In realtà, il dettato del considerando in esame è sollecito e inequivoco nel recitare espressamente che nessuna disposizione della decisione quadro può essere interpretata nel senso di impedire il rifiuto della consegna di una persona nei confronti della

---

<sup>41</sup> 1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

<sup>42</sup> L'extradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non può in alcun caso essere ammessa per reati politici.

quale è stato emesso un mandato d'arresto, qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato stesso è stato emesso allo scopo di perseguire o punire la persona stessa a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, delle sue opinioni politiche o delle sue abitudini sessuali. In tal modo viene fatta residuare la possibilità che l'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto, rifiuti, al di là dei motivi delineati dagli artt. 3 e 4 della decisione quadro, l'esecuzione del mandato laddove esso sia stato emesso per uno dei motivi sostanziali precedentemente indicati.

È possibile spiegare l'assenza della natura politica del reato tra le circostanze motivanti il rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto sulla base di un duplice ordine di considerazioni: anzitutto, da un punto di vista della tecnica redazionale, si è presa a modello la Convenzione sull'estradizione del 1996, il cui articolo 5 espressamente esclude, ai fini dell'applicazione di essa, che alcun reato possa essere considerato "politico" o determinato da motivi politici, da parte dello Stato richiesto, ove la richiesta venga avanzata da un Paese membro.

In sostanza, l'eventualità che, dietro una richiesta di esecuzione del MAE, possa in realtà celarsi l'intento di perseguire il soggetto per motivazioni razziali o, in ogni caso, discriminatorie, è stato ritenuto dai redattori assolutamente residuale, in ragione del livello uniformemente alto di garanzie dello stato di diritto dei Paesi membri. Per queste motivazioni, si è ritenuto di inserire all'interno una clausola siffatta all'interno del Preambolo, in considerazione dell'indubbio significato politico-sistematico che esso possiede, nel disegno tecnico-giuridico complessivo della decisione quadro. Il capoverso del considerando 12 recita: «La presente decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione».

La disposizione deve essere posta in relazione tanto con le rispettive norme nazionali, relative all'equo processo, per l'Italia, la regola, di rango costituzionale, dell'art. 111 Cost., come novellato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi dell'equo processo nell'art. 111 della Costituzione)<sup>43</sup>; quanto con il dettato del capo VI della Carta dei

---

<sup>43</sup> La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne

diritti fondamentali dell'Unione europea. Conseguentemente, ci sembra di poter concludere, richiamando la prima parte della formulazione, che i principi fondamentali, come sanciti dal capo VI della Carta dei diritti fondamentali debbano essere sempre salvaguardati nell'applicazione del MAE.

Quando parla di equo processo, il legislatore europeo si riferisce, così, a norme interne che presentino garanzie più ampie rispetto a quelle della Carta succitata, che rappresentano, dunque, un minimo garantista che deve sempre essere osservato nell'applicazione della decisione quadro; si può anche andare oltre, essendo assolutamente ragionevole ritenere che la disposizione, ove il predetto minimo comune denominatore garantista non venga osservato, escluda l'esecuzione del mandato d'arresto. Questa lettura del considerando 12, che pare fedele alla ratio del testo e all'intentio dei redattori, permette di delineare un sistema che non tollera alcun arretramento nella tutela dei diritti fondamentali in sede di applicazione del MAE, e ove si verificasse, è la stessa decisione quadro ad approntare meccanismi idonei ad impedire qualsivoglia affievolimento della tutela.

La lettura proposta è corroborata, altresì, dal dettato dell'art. 1, par. 3 della decisione quadro, secondo cui "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro". A chiusura del sistema di tutela approntatosi colloca il considerando 13, che recita: «Nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga

---

assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati [cfr. artt. 13 c. 2 , 14 c. 2 , 15 c. 2 , 21 c. 3]. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale [cfr. art. 13], pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge [cfr. art. 137 c. 3]. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra [cfr. art. 103 c. 3 , VI c. 2]. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione [cfr. art. 103 c. 1, 2].

sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane e degradanti».

Da tempo si è venuto affermando in capo agli Stati l'obbligo di tutelare persone in relazione al rischio che alcuni loro diritti siano violati nel territorio di altri Stati, assieme all'esigenza che in questi casi non si proceda ad estradizione.

Tale necessità è stabilita da alcuni trattati sui diritti umani, talvolta esplicitamente, come nell'art. 3<sup>44</sup> della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti, che impone agli Stati, di non espellere, respingere o estradare una persona verso uno Stato, quando esistano motivi sostanziali per ritenere che tale persona potrebbe essere sottoposta a trattamenti vietati dalla Convenzione stessa. Altre volte il principio è affermato in sede interpretativa. Tuttavia, la tematica riguardante l'interazione tra diritti umani e diritti del ricercato con la decisione quadro in oggetto verrà ripresa approfonditamente in seguito (vd. Cap. V).

#### b) *Fase dispositiva*

Di seguito all'esame del Preambolo è necessario procedere all'analisi delle norme della decisione quadro che delineano i tratti dello strumento in esame.

La decisione suddetta consta di quattro Capi, relativi, rispettivamente, il primo ai Principi generali, il secondo alla Procedura di consegna, il terzo agli Effetti della consegna, il quarto alle Disposizioni generali e finali.

Il paragrafo 1 dell'art. 1 prospetta una definizione del MAE, recitando "Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto o della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà". Il paragrafo 2 aggiunge: «Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro».

---

<sup>44</sup> 1. Nessuno Stato Parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura.

2. Al fine di determinare se tali motivi esistono, le autorità competenti terranno conto di tutte le considerazioni pertinenti, ivi compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, flagranti o massicce.



Le modalità esecutive sono ancorate al principio del riconoscimento reciproco. Si tratta di un principio intimamente connesso con il tema dell'elevato livello di fiducia, di cui al considerando n. 10 del Preambolo che, come si è visto, costituisce il pilastro portante dell'edificio del MAE. Lo sviluppo reciproco della fiducia nei sistemi giuridici degli Stati membri ha condotto e sta conducendo, progressivamente, verso il mutuo riconoscimento delle attività poste in essere dalle rispettive autorità giudiziarie. Viene, dunque, riconosciuta reciprocamente la validità, all'interno dello spazio giuridico comune, di una decisione emessa da un'autorità nazionale, oltre i confini territoriali della competenza dell'autorità stessa. L'esecuzione dell'euromandato sarà conforme alle disposizioni della presente decisione quadro. Il paragrafo 3 ritorna sul tema della tutela dei diritti fondamentali e dei principi giuridici stabiliti dall'art. 6 TUE. Con una formulazione di raccordo rispetto al considerando n. 12 del Preambolo, chiarisce l'immodificabilità dell'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici essenziali contenuti nell'art. 6 TUE.

Pare evidente, alla luce dei costanti riferimenti del dettato al tema della tutela dei diritti fondamentali, la preoccupazione dei redattori di sottolinearne l'importanza e la imprescindibile centralità quali pilastri portanti su cui l'intero tempio dell'Unione si poggia.

L'articolo 2 rappresenta una delle disposizioni di maggior importanza nell'impianto dello strumento adottato a Laeken. Esso procede alla delimitazione dell'ambito di applicazione del MAE, attraverso il sistema della lista di reati, selezionati sia per dosimetria sanzionatoria (paragrafo 1), sia per specificità degli stessi (paragrafo 2). L'incriminazione per uno dei reati compresi nell'elenco rende possibile, nei casi previsti, l'emissione dell'euromandato, che sarà posto in esecuzione nello Stato ove la persona si trova. La *summa divisio* caratterizzante gli ambiti del mandato d'arresto europeo è sancita dall'art. 2, paragrafi 1 e 2. Il primo campo d'applicazione comprende reati selezionati secondo il sistema della dosimetria sanzionatoria, in relazione, cioè, al perimetro edittale della pena. A tal proposito, l'art. 2.1 recita «Il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna ad una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore ai quattro mesi». La disposizione precedente deve essere coordinata con il paragrafo 4 del presente articolo.

In linea di massima, per la fattispecie considerata non ricorre il requisito di doppia incriminazione, essendo rimesso allo Stato richiesto, di subordinare la consegna “alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato d’arresto europeo costituiscano un reato ai sensi della legge dello Stato membro d’esecuzione indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso”. In ogni caso, la facoltatività della scelta dello Stato di esecuzione non esclude la circostanza che la richiesta dello Stato emittente il mandato possa trovare soddisfazione quando anche il solo ordinamento dello Stato richiedente contenga una disposizione incriminatrice relativa al fatto. Il secondo campo d’applicazione, rispetto a cui è espressamente esclusa la doppia incriminazione, è costituito dal catalogo semantico-descrittivo di trentadue reati.

La regola dell’art. 2.1 dispone: «Danno luogo a consegna in base al mandato d’arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dal requisito della doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni».

La lista del paragrafo 2 dell’art. 2 della decisione quadro comprende i reati di partecipazione ad un’organizzazione criminale/finalizzata al terrorismo; tratta di esseri umani; sfruttamento sessuale di bambini e pornografia infantile; traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope; traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; corruzione; frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; riciclaggio di proventi di reato; falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell’euro; criminalità informatica; criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie ed essenze vegetali protette; favoreggiamento all’ingresso e al soggiorno illegali; omicidio volontario, lesioni personali gravi; traffico illecito di organi e tessuti umani; rapimento, sequestro e presa di ostaggi; razzismo e xenofobia; furti organizzati o con l’uso di armi; traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti di antiquariato e le opere d’arte; truffa; racket ed estorsioni; contraffazioni e pirateria in materia di prodotti; falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi; falsificazione di mezzi di pagamento; traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita; traffico illecito di materie nucleari e radioattive; traffico

di veicoli rubati; stupro; incendio volontario; reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale; dirottamento di aereo/nave; sabotaggio.

La definizione dei reati a consegna obbligatoria è delineata dal *nomen materiae* in termini semantico-descrittivi delle condotte di disvalore criminale.

In sostanza, il paragrafo 2 dell'articolo in esame non tipizza fattispecie incriminatrici che danno luogo a consegna obbligatoria ma si limita ad elencare una serie di figure accomunate da un giudizio di disvalore da un punto di vista penale che non è fondato su chiari contorni palettati da una disposizione incriminatrice tipica, bensì su un giudizio che si basa sulla circostanza della tendenziale uniformità della repressione di tali comportamenti, seppure con modelli e meccanismi sanzionatori diversi, nei Paesi membri.

Gli aspetti problematici connessi ad una elencazione che pare più basata su definizioni criminologiche che su tipizzazioni di illeciti penali, sono molteplici e attengono ad una pluralità di aspetti. Anzitutto, la decisione quadro in esame violerebbe i principi di tassatività della norma penale e la richiesta riserva di legge per le norme penali, in quanto basata su una lista che non rispecchia tali principi, costituendo, invece, semplicemente una sommaria enunciazione di oggetti rilevanti da un punto di vista penale. È stata, così proposta una lettura forte ed una tenue del catalogo dei trentadue reati.

In base alla lettura cosiddetta *forte*, l'elenco in rassegna configura la nascita di una sorta di diritto penale europeo; in sostanza, il catalogo del paragrafo 2, non sarebbe semplicemente un elenco di fattispecie legittimanti la consegna indipendentemente dalla doppia incriminazione, bensì costituirebbero il nucleo centrale di un vero e proprio diritto penale europeo. Il più immediato riflesso, a livello di diritto sostanziale dei singoli Stati membri, di codesta lettura "forte" della decisione quadro sarebbe il superamento dei limiti nazionali nell'applicazione della legge penale. D'altra parte, pare abbastanza difficile sostenere tale lettura, proprio alla luce della carenza di tipizzazione delle suddette trentadue fattispecie.

Secondo la citata dottrina si sarebbe di fronte ad un'alternativa secca: o si riconosce che la decisione, in questi termini non è suscettibile di attuazione immediata ovvero essa richiede si proceda all'ulteriore specificazione di figure di reato comuni a tutto il territorio dell'Unione, con il rischio di aprire la strada ad una aprioristica ed indiscriminata punibilità, da parte di tutti i giudici dell'Unione, dei nuovi reati comunitari.

L'altro filone ermeneutico propone un'interpretazione debole, ovvero "tenue", spostando l'accento esegetico su un piano più propriamente processuale.

La decisione quadro non sarebbe destinata ad incidere sulla potestà sanzionatoria e sul potere legislativo penale dei singoli Stati. La lettura si basa sull'esame delle fonti e delle premesse politico-istituzionali alla decisione quadro, da cui emerge che lo strumento ha il solo scopo di superare il sistema dell'extradizione tra gli Stati membri, esigenza imposta dal mutato quadro europeo, in particolare, dalla libera circolazione dei beni, delle cose, delle persone che necessita di una libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

La lista di cui al paragrafo 2 indicherebbe, dunque, la definizione dell'ambito di operatività di un meccanismo di esclusiva portata processuale, congegnato per superare i problemi, gli ostacoli e le lungaggini della tradizionale procedura formale di estradizione.

Risulta, dunque, essere eccessivamente forzata la linea esegetica che ravvisa nell'elenco dei trentadue reati una sorta di codice penale europeo. In realtà, vale ad escluderlo anzitutto il dato testuale della rubrica dell'articolo 2 che recita espressamente "campo d'applicazione del mandato d'arresto europeo" e, inoltre, la lettura tenue sembra essere più consona alla *ratio* e alla *intentio* che ha sotteso l'opera dei redattori.

Gli artt. 3 e 4 della decisione quadro, elencano le varie ipotesi in cui è ammesso il rifiuto di eseguire il mandato. Più precisamente, le disposizioni citate riguardano i casi in cui vi è un obbligo, ovvero una facoltà, di non dare seguito alla richiesta di esecuzione.

I casi di diniego sono tassativi, *id est* il diritto di apporre riserve è limitato alle sole ipotesi espressamente previste. D'altronde, fermo restando il richiamato principio di tassatività, all'interno della decisione quadro sono individuabili altre regole che delineano circostanze configuranti casi di rifiuto, ancorché svincolati dal succitato sistema di diniego.

Si tratta di ipotesi di carattere generale la cui operatività non si è voluta limitare soltanto alla possibilità di rifiuto dell'esecuzione. In proposito, è sufficiente richiamare la formulazione dei considerando 12 e 13, contenuti nel Preambolo e, in particolare, quella clausola di tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali che costituisce il limite generale all'applicazione dell'euromandato. L'articolo 3 della decisione quadro elenca i casi in cui "l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione rifiuta di eseguire il mandato d'arresto europeo". Si tratta dei motivi di non esecuzione obbligatoria del MAE, il primo dei quali, a norma del paragrafo 1, è costituito dall'essere il reato per il quale è chiesta la

consegna coperto da amnistia nello Stato richiesto. Come è possibile evincere dalla relazione illustrativa della proposta, il riconoscimento dell'amnistia quale ipotesi di rifiuto, oltre ad allinearsi con quanto di regola stabilito dalle convenzioni di estradizione, risiede nel riconoscimento del valore della stessa, la cui concessione è "oggetto di un dibattito democratico all'interno dello Stato. È quindi logico permettere che tale Stato non accetti più di offrire la propria collaborazione ad altri Stati che continuano a penalizzare quelle attività".

Il riferimento del paragrafo 1 all'amnistia non è, però, generale, ma limitato alla sola ipotesi in cui lo Stato membro d'esecuzione "era competente a perseguire il reato secondo la propria legge penale". Ulteriore caso di diniego dell'esecuzione è costituito dalla minore età del soggetto di cui è chiesta la consegna, a norma del paragrafo 3 dell'articolo 3. Lo Stato richiesto può rifiutare la consegna "se la persona oggetto del mandato non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto europeo in base alla legge dello Stato membro d'esecuzione". Per quanto concerne il nostro ordinamento, è necessario prendere in considerazione gli artt. 97 e 98 del codice penale. L'interrogativo che si pone, alla luce delle disposizioni richiamate, attiene all'applicabilità del limite di cui si tratta ai soggetti di età inferiore ai diciotto anni e superiore ai quattordici. *Nulla quaestio*, infatti, per quanto concerne gli infraquattordicenni, per i quali l'art.97 espressamente esclude la punibilità, e coloro i quali abbiano superato i diciotto anni d'età, le incertezze, invero, possono derivare dalla fascia intermedia, per la quale l'art. 98, stabilisce l'imputabilità allorché sussista la capacità di intendere e di volere, assegnando al giudice la valutazione della stessa. Si tratta, di conseguenza, di un giudizio caso per caso che la dottrina ritiene applicabile anche all'ipotesi *de qua*, posto che questa non pare contrastare con la decisione in ordine all'eseguibilità del mandato e che, grazie al richiamo effettuato dal considerando 12 e dall'art. 1 della decisione quadro ai principi fondamentali dell'ordinamento, può consentire di salvaguardare l'esigenza di tutela con riguardo all'extradizione di un minore. Il paragrafo 2 dell'art. 3 annovera, quale circostanza di rifiuto dell'applicazione del mandato l'applicazione del principio del *ne bis in idem*. D'altra parte, pare necessario porre la disposizione succitata, in relazione con l'art. 4.3 che si occupa, anch'esso, del principio richiamato, configurando però, un'ipotesi di rifiuto facoltativo del MAE.

L'art. 3.2 stabilisce che l'effetto preclusivo opera "se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase d'esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna".

L'effetto preclusivo opera allorché sia stata emessa, in uno Stato membro, una sentenza irrevocabile per gli stessi fatti per cui è richiesta la consegna, a condizione che, nel caso di sentenza di condanna, la pena sia stata eseguita, sia in corso d'esecuzione o non sia più eseguibile. L'aver preso in considerazione anche il giudicato intervenuto in uno Stato membro diverso da quello di esecuzione, rientra nel sistema complessivo della decisione quadro, il cui presupposto è l'attuazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui realizzare un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

L'aspetto problematico precedentemente accennato, emerge allorché si intraprenda la lettura dell'art. 4.3.

La prima parte della formulazione non pone, in realtà, alcuna questione, limitandosi a prevedere la facoltà di rifiutare l'esecuzione del mandato nell'ipotesi in cui le autorità dello Stato membro richiesto abbiano deciso di non esercitare l'azione penale ovvero nel caso in cui all'azione sia stata posta fine, in sostanza, nei casi in cui si sia concluso per l'archiviazione o per una sentenza di non luogo a procedere.

La medesima facoltà di rifiuto è prevista, poi, nel caso in cui "la persona ricercata ha formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni". Posto che il *ne bis in idem* è già considerato come caso di rifiuto obbligatorio, è evidente che la disposizione *de qua*, pur potendo astrattamente coincidere, almeno parzialmente, con il disposto dell'art. 3.2, deve riguardare altri settori. In conclusione, il principio del *ne bis in idem* è preso in considerazione come caso di rifiuto facoltativo, anche dall'art. 3.5, nell'ipotesi in cui "in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un Paese terzo a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata, sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi del Paese della condanna".

Gli ulteriori casi di rifiuto facoltativo sono elencati dall'articolo 4 che espone ipotesi eterogenee in cui è possibile non dare seguito alla domanda.

Il paragrafo 1 dell'art. 4 stabilisce, anzitutto, che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il MAE allorché il reato non sia incluso nella lista di cui all'art.2.2 e manchi il requisito di doppia incriminazione. Una previsione particolare riguarda la materia di tasse, imposte, dogana e cambio, per la quale non rilevano eventuali differenze nel regime impositivo o fiscale.

La seconda ipotesi, prevista dall'art. 4.2, regola la litispendenza internazionale, consentendo il rifiuto dell'esecuzione del mandato allorché nello Stato richiesto sia in corso un procedimento per il medesimo fatto. Per quanto concerne le sorti del procedimento *de quo* nel caso di esecuzione del mandato, ciò è rimesso alla normativa interna di attuazione. Pare ragionevole ritenere che l'eventuale consegna dovrebbe implicare la sospensione del procedimento nello Stato richiesto e la sua definitiva conclusione al momento della decisione definitiva nello Stato richiedente. Peraltro, in caso di rifiuto, il procedimento dovrebbe essere sospeso nello Stato richiedente, al fine di evitare una inutile duplicazione di processi a carico della stessa persona.

Il paragrafo 4 disciplina, tra le ipotesi di rifiuto facoltativo del mandato, la prescrizione, subordinando l'operatività della previsione alla circostanza che i fatti cui essa si riferisce rientrino nella competenza dello Stato di esecuzione sulla base delle regole del proprio diritto penale. L'ultimo caso di diniego facoltativo del MAE è disciplinato dal paragrafo 7 dell'art. 4 e riguarda quei reati che dalla legge dello Stato d'esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio o in luogo assimilato, ovvero reati commessi al di fuori del territorio dello Stato richiedente e dello Stato richiesto se la normativa di quest'ultimo non consente l'esercizio della giurisdizione per reati commessi al di fuori del proprio territorio. La disposizione è volta a regolare quelle ipotesi in cui l'esecuzione del mandato potrebbe determinare una sorta di rinuncia all'esercizio della giurisdizione, ovvero la cooperazione al di fuori dei casi in cui essa di regola è concessa. Ai fini della valutazione della ricorrenza delle ipotesi prospettate, sarà necessario applicare le norme interne relative all'estensione della legge penale nello spazio e alla territorialità della giurisdizione. L'art. 5 della decisione quadro elenca una serie di condizioni cui può essere subordinata l'esecuzione del mandato d'arresto da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato

richiesto. Si tratta, in particolare di tre fattispecie, delle quali le prime due attengono al tema delle garanzie giurisdizionali e al giusto processo, mentre l'ultima disposizione riguarda la consegna del cittadino. La prima delle condizioni in esame inerisce le decisioni pronunciate in *absentia*. Il giudizio in contumacia è regolato in maniera assai diversa nei Paesi membri, mentre in alcuni Stati esso non è previsto affatto.

A titolo esemplificativo, si può ricordare che in Inghilterra la partecipazione dell'accusato al processo è elemento essenziale del *fair trial*, per cui, in determinate condizioni, si assicura, anche coattivamente, la comparizione dell'imputato in udienza, e solo in ipotesi assolutamente eccezionali è consentito il giudizio in contumacia.

Anche il diritto tedesco accoglie il principio secondo cui l'inquisito ha diritto di essere ascoltato, dal quale conseguono ampie possibilità di ottenere coattivamente la presenza dell'accusato in udienza. Per converso non si configurano veri e propri giudizi in contumacia, salva l'instaurazione di una procedura in assenza dell'accusato per acquisire prove ove esse siano alterabili o deperibili.

In Spagna nei processi per reati gravi, "*proceso por delitos*", la ritenuta obbligatorietà della presenza dell'imputato, si esprime nella necessità della sospensione del procedimento in corso, fino al momento della comparizione.

La legge italiana configura la contumacia ispirandosi ad una diversa concezione di tutela dell'imputato, al quale viene riconosciuto, in linea di principio, un mero diritto di non partecipare al giudizio senza, per questo, doversi trovare in posizione deteriore.

Il paragrafo 1 dell'art. 5 stabilisce in proposito che "se il mandato d'arresto è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata 'in *absentia*' e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo e dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata in *absentia*, la consegna può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio".

In sostanza, in conformità all'indirizzo assunto sia da molti Stati, che dagli organismi soprannazionali competenti in materia, si riconosce all'autorità di esecuzione il potere di subordinare l'esecuzione del mandato ad idonee garanzie in ordine alla possibilità per



l'arrestato-consegnato di richiedere ed ottenere un nuovo processo nello Stato d'esecuzione e di parteciparvi, nei soli casi, però, in cui risulti dimostrata la circostanza che l'imputato, oltre a non aver presenziato al processo, non sia stato "citato personalmente né altrimenti informato" dell'udienza.

La seconda delle condizioni disciplinate dall'articolo 5 riguarda l'ergastolo, ovvero la privazione a vita della libertà personale, quale sanzione conseguente al reato in base al quale il MAE è emesso. In questo caso, l'esecuzione del mandato può essere subordinata alla condizione che sia previsto, nell'ordinamento dello Stato emittente, una revisione della pena comminata o misure di clemenza, tese a ridimensionare l'asprezza della sanzione comminata, che il legislatore europeo non ritiene in linea con quel sistema di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, che costituisce il cardine su cui lo strumento si regge.

L'art.6 si occupa di determinare le autorità giudiziarie competenti ad emettere e ad eseguire un mandato d'arresto europeo. Per ciò che riguarda l'emissione del MAE, il paragrafo 1 dell'articolo citato stabilisce che per autorità giudiziaria emittente si intende "l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente ad emettere un mandato d'arresto europeo".

Per quanto riguarda il nostro Paese, le disposizioni di attuazione della decisione quadro, rinvenibili nella legge approvata in via definitiva il 12 aprile 2005, si occupano della individuazione dell'autorità giudiziaria emittente, nel capo II relativo alla procedura attiva di consegna e, segnatamente, all'art.28. La regola citata dispone che la competenza all'emissione del MAE spetta:

- a) al giudice che ha applicato la misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari;
- b) al pubblico ministero presso il giudice indicato all'art. 665 c.p.p. che ha emesso l'ordine di esecuzione della pena detentiva di cui all'art. 656 c.p.p., sempre che si tratti di pena non inferiore ad un anno e che non operi la sospensione dell'esecuzione
- c) al pubblico ministero, individuato ai sensi dell'art. 658 c.p.p., per quanto attiene alla esecuzione di misure di sicurezza cautelari detentive.

Comparativamente, pare utile analizzare le disposizioni di attuazione degli altri Paesi quanto alla individuazione dell'autorità giudiziaria competente all'emissione del MAE.

In Austria la competenza suddetta spetta ai Tribunali (*Landesgericht*) e alle Procure circondariali (*Bezirksgericht*). In Belgio è previsto un sistema bicefalo, che assegna la competenza all'emissione al giudice istruttore, nell'ipotesi di esercizio dell'azione penale, in ipotesi, invece, di emissione del mandato ai fini della esecuzione di una pena o misura di sicurezza, al pubblico ministero. Nel Regno Unito, per concludere, la competenza è assegnata a giudici diversi in ragione della ripartizione per territorio. L'art. 6.2 si occupa, invece, di determinare la nozione di autorità giudiziaria dell'esecuzione, precisando che per essa si intende "l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione che, in base alla legge di detto Stato, è competente dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo". Alla determinazione dell'autorità giudiziaria competente ai fini dell'esecuzione del MAE, provvede l'art.5 della legge attuativa della decisione quadro che stabilisce, in via generale, la competenza della Corte d'appello, recitando "la consegna di un imputato o di un condannato all'estero non può essere concessa senza la decisione favorevole della Corte d'appello".

I paragrafi successivi espongono le regole relative alla determinazione della Corte d'appello territorialmente competente, incentrate sulla residenza, dimora o domicilio dell'imputato o del condannato, al momento della ricezione del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria. È poi stabilita la competenza residuale e sussidiaria della Corte d'appello di Roma, ove non fossero applicabili le disposizioni precedenti.

Per quanto riguarda le disposizioni di attuazione degli altri Stati membri, pare sufficiente ricordare l'ordinamento francese che assegna la competenza all'esecuzione del MAE ai procuratori generali e alle sezioni istruttorie, quello portoghese, che con disposizione parallela a quella italiana, individua nella Corte d'appello territorialmente competente, l'organo chiamato ad esprimersi; e, per concludere, il diritto spagnolo che affida l'esecuzione del mandato ai giudici istruttori centrali e alla sezione penale dell'*Audiencia Nacional*.

In ultimo, è doveroso ricordare il dettato del par. 3 che impone agli Stati membri di comunicare al Segretario generale del Consiglio.

L'art. 7 persegue l'obiettivo con gradualità, attraverso forme e modalità compatibili con il rispetto degli obblighi internazionali già assunti dagli Stati UE con Paesi terzi.

L'art. 7 disciplina il ricorso all'autorità centrale nell'esecuzione del mandato d'arresto.

In via preliminare, il paragrafo 1 stabilisce che “ciascuno Stato membro può designare un’autorità centrale o, quando il suo ordinamento giuridico lo prevede, delle autorità centrali per assistere le autorità giudiziarie competenti”. La legge di attuazione provvede, all’art. 4, alla designazione dell’autorità centrale, recitando “in relazione alle disposizioni dell’articolo 7 della decisione quadro l’Italia designa come autorità centrale per assistere le autorità giudiziarie competenti il Ministro della giustizia”. Conformemente al dettato del paragrafo 2 dell’art. 7, l’Italia, per mezzo dell’art. 4.2 provvede a specificare i compiti spettanti al Ministro della giustizia, stabilendo che ad esso spettano la trasmissione e la ricezione amministrativa dei MAE, nonché della corrispondenza ufficiale ad essi relativa. Il paragrafo successivo (art. 4.3), aggiunge che il Guardasigilli trasmette senza indugio all’autorità giudiziaria competente il mandato d’arresto ricevuto, e, nell’ipotesi di ricezione di un MAE, emesso dalle autorità giudiziarie italiane, provvede alla sua trasmissione tempestiva allo Stato membro d’esecuzione. Per ciò che attiene al ruolo del Ministro della Giustizia, quale autorità centrale, nella procedura applicativa del MAE, esso non è limitato, dalla normativa di recepimento, a mere funzioni di supporto tecnico-amministrativo, sostanziandosi in attività tesa al coordinamento e alla tempestiva informazione delle autorità giudiziarie competenti, come individuate dal combinato disposto degli artt. 5 e 28 delle disposizioni di attuazione della decisione quadro.

Concludendo, pare non privo d’interesse sottolineare che, salvo le eccezioni, costituite dalla Finlandia, dalla Lettonia e dal Regno Unito, gli altri Paesi, nelle regole di recezione interna della decisione quadro, ove abbiano proceduto alla designazione di un’autorità centrale, ne hanno incardinato l’ufficio nella figura del Ministro della giustizia. Ciò potrebbe rappresentare una sorta di retaggio storico-giuridico, relativo al classico ruolo del Ministro, quale protagonista della fase “politica” della materia estradizionale, che pare arduo lasciarsi alle spalle, anche sulla base della circostanza che il ruolo del dicastero è, tradizionalmente, di significativa importanza in una materia così delicata dal punto di vista dei diritti e delle garanzie che vengono in rilievo, grazie ad una proficua attività consultiva e di mediazione. Il paragrafo 3 dell’art. 7 stabilisce, poi, che gli Stati che vogliano avvalersi della facoltà di nominare un’autorità centrale, devono darne comunicazione al Segretario generale del Consiglio, contestualmente alla determinazione dell’autorità competente; le indicazioni fornite sono vincolanti per tutte le autorità dello Stato membro emittente.

Il provvedimento europeo si compone di un insieme di “informazioni”, indicate dal succitato art. 8, che servono all’autorità richiesta per verificare la presenza dei requisiti in base ai quali esercitare il potere di consegna. Si tratta di un complesso informativo, perlopiù concernente i contenuti dell’atto “originario”, dal quale bisogna evincere i presupposti *ratione materiae* e *quoad poenam* che permettono di spiccare il mandato, le condizioni che obbligano alla consegna anche senza la doppia incriminazione e quelle che impongono o permettono di rifiutare l’esecuzione.

Segnatamente, l’art.8 richiede che l’euromandato sia fornito di:

- a) identità e cittadinanza del ricercato;
- b) nome e indirizzo dell’autorità giudiziaria emittente;
- c) indicazione dell’esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d’arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la medesima forza e rientri nel campo applicativo degli artt. 1 e 2;
- d) natura e qualificazione giuridica del reato;
- e) descrizione delle circostanze del reato, con indicazione del momento, luogo e grado di partecipazione del ricercato;
- f) pena inflitta, in ipotesi di sentenza definitiva ovvero pena edittale stabilita dalla legge dello Stato d’emissione;
- g) le altre eventuali conseguenze del reato.

In particolare, è doveroso sottolineare l’importanza delle indicazioni di cui alle lettere d) ed e). Innanzitutto, il distinguo segnalato dalla fonte europea, tra “natura” e “qualificazione giuridica” del reato non è affatto inutile; il solo *nomen iuris*, infatti, costituente il collegamento tra l’episodio in concreto e uno dei precetti penali contemplati dall’ordinamento *a quo*, da un lato può non essere da solo idoneo a soddisfare la comprensibilità della vicenda ai fini della doppia incriminazione, nei casi in cui essa rileva; d’altra parte, si rivela del tutto insufficiente ove occorre stabilire se si procede per uno degli illeciti ascrivibili alle categorie di reati elencate dall’art. 2.2. Ed ecco che l’obbligo dello Stato richiedente di rendere nota la “natura” del reato, ovvero la ragion d’essere dell’incriminazione e i beni giuridici protetti dalla norma penale, completa il quadro informativo necessario a verificare l’esistenza dei presupposti di emissione e di eseguibilità del mandato. La rilevata indeterminatezza del catalogo di reati impone, dunque, l’obbligo di

puntuale specificazione del fatto storico, delle concrete modalità di attuazione e delle circostanze del reato, ai fini di una valutazione di compatibilità tra l'accadimento concreto e la categoria incriminatrice. Valutazione che si impone, altresì, ai fini della verifica quanto alla sussistenza del principio di doppia incriminazione; anche in questo caso, infatti, per riportare il fatto alla previsione astratta della regola incriminatrice di parte speciale, sarà necessario studiare l'evolversi e il realizzarsi della vicenda fattuale. Le informazioni inserite nel mandato d'arresto europeo possiedono un rilievo capitale in ordine all'adeguatezza della verifica che fa da sfondo alla decisione sull'esercizio del potere coattivo nello Stato richiesto; la consegna da parte dello Stato richiesto impone, infatti, un sindacato in ordine ai requisiti contemplati dalla fonte europea circa le premesse e l'eseguibilità del MAE.

Le disposizioni di attuazione impongono, poi, oltre alle informazioni richieste dall'articolo 8, una serie di comunicazioni da allegare al MAE. A norma dell'art. 6, comma quarto, della legge di recepimento, infatti, al mandato devono essere allegati:

- a) una relazione sui fatti addebitati al soggetto richiesto, con indicazione delle fonti di prova, del tempo, del luogo di commissione e della qualificazione giuridica dei fatti stessi;
- b) il testo delle disposizioni di legge applicabili, con l'indicazione delle pene edittali stabilite;
- c) ogni dato atto a determinare l'identità e la nazionalità della persona richiesta.

Se lo Stato membro di emissione non provvede alla comunicazione delle informazioni richieste, il presidente della Corte d'appello o il magistrato da questi delegato, richiede al Ministro della Giustizia, l'acquisizione del provvedimento dell'autorità giudiziaria su cui si fonda l'emissione del MAE, nonché la documentazione richiesta a norma delle disposizioni precedenti. Il Guardasigilli provvede ad informare l'autorità giudiziaria dello Stato emittente che la ricezione della documentazione costituisce condizione per l'esame della richiesta di esecuzione da parte della Corte d'appello. Nel caso in cui alla richiesta formale del ministro non venga dato corso, la richiesta sarà respinta.

A ciò è necessario aggiungere che l'art. 15.2 stabilisce che, ove l'autorità giudiziaria d'esecuzione non ritenga sufficienti ad una decisione le informazioni comunicate dallo Stato emittente, può richiedere le altre informazioni complementari necessarie ai fini della decisione sulla consegna. L'art. 16, paragrafi 1 e 2 disciplina l'eventualità che "l'autorità giudiziaria dell'esecuzione" riceva, dai corrispondenti organi di "due o più Stati membri",

richieste di consegna della medesima persona per concomitante emissione di più mandati d'arresto. La disposizione, rubricata "decisione in caso di concorso di richieste", stabilisce che, in simili circostanze, spetti all'autorità giudiziaria dell'esecuzione decidere quale dei MAE debba essere eseguito, tenuto debito conto di "tutte le circostanze" e, soprattutto, "della gravità relativa e del luogo in cui è avvenuto il reato, delle date rispettive di emissione dei mandati d'arresto europei nonché del fatto che i mandati sono stati emessi ai fini dell'azione penale o per l'esecuzione di una pena o misura privative della libertà"; in aggiunta, il paragrafo 2 della regola in esame, stabilisce, altresì, che la medesima autorità dello Stato di esecuzione, possa richiedere una consulenza all'Eurojust.

Il dettato della norma lascia emergere due questioni nodali che vanno chiarite. Si tratta di stabilire se i summenzionati criteri di graduazione siano meramente orientativi o se, di contro, siano ordinati in maniera gerarchica e secondo una scala di priorità cogente a fini ermeneutico-valutativi. In secondo luogo, è necessario individuare possibili margini di intervento, nella materia in discorso, dell'Eurojust, a regola del capoverso della disposizione citata. Per quanto concerne il primo degli interrogativi delineati, pare da escludersi che il Consiglio dell'Unione Europea abbia inteso imporre canoni di priorità vincolanti per l'autorità giudiziaria. Nel senso di ritenere fluidi e semplicemente orientativi i criteri indicati, militano non solo i toni della previsione, in particolare il disposto onere di tenere in debito conto "tutte le circostanze", ma anche il carattere eterogeneo delle valutazioni che sottendono la graduazione delle richieste di consegna.

Si vedrà successivamente come, a norma della disciplina di attuazione della decisione quadro nel nostro ordinamento, il ruolo del Guardasigilli, in quanto autorità centrale, secondo il combinato disposto dell'art. 7 decisione quadro, e dell'art. 4 legge di attuazione, riacquisti vigore e centralità nel caso di conflitto tra richiesta d'estradizione e mandato d'arresto. Per ciò che attiene, invece, al tema dei possibili margini di intervento, ex art. 16.2, di Eurojust pare opportuno premettere un inciso. Eurojust è l'unità europea di cooperazione giudiziaria, istituita con l'obiettivo di realizzare un centro di coordinamento tra le autorità nazionali degli Stati membri responsabili dell'azione penale; perseguirà gli obiettivi per cui è stata concepita attraverso la messa a disposizione di elementi conoscitivi, la creazione di una base documentale comune, l'avvio di contatti tra vari organi interni preposti alle indagini, il trasferimento di dati sullo stato dei procedimenti o sulle sentenze,

nonché mediante lo svolgimento di attività di consulenza giuridica in favore delle autorità giudiziarie dei diversi Stati membri. Di conseguenza, essendo stato disegnato, per tale organo, un ruolo da promotore, supervisore e coordinatore delle indagini ad interesse sovranazionale, pare condivisibile il meccanismo consultivo e, latamente, co-decisorio assegnatogli dall'art. 16.2. La graduazione delle richieste concorrenti potrà, dunque, avvenire con il supporto conoscitivo di tale organismo, composto di magistrati e funzionari di polizia provenienti da tutti gli Stati dell'Unione che avrà, da un lato, la possibilità di conoscere lo stato effettivo delle procedure *a quibus* dei provvedimenti restrittivi, nonché le modalità di formazione delle sentenze di condanna su cui si fondano le richieste di consegna e potrà, dall'altro lato, contribuire, *cognita causa*, all'esercizio ortodosso da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato d'esecuzione del potere discrezionale di graduazione delle domande di consegna concorrenti.

Il paragrafo 3 dell'articolo 16 disciplina il “caso di conflitto tra un mandato d'arresto europeo ed una richiesta di estradizione presentata da un Paese terzo”, disponendo che, in tale ipotesi, “la competente autorità dell'esecuzione decide se dare la precedenza al mandato d'arresto o alla richiesta di estradizione, tenuto debito conto di tutte le circostanze, in particolare di quelle di cui al paragrafo 1 e di quelle indicate nella convenzione o nell'accordo applicabile”. La disposizione regola il caso in cui le competenti autorità nazionali dello Stato di rifugio ricevano richieste di cooperazione giudiziaria avente *causa petendi* diseguale, individuando un punto di equilibrio. La regola citata manifesta un approccio gradualista in tema di cooperazione giudiziaria con Stati terzi. Il Consiglio dell'Unione, al fine di non influenzare negativamente le relazioni tra Stati membri e Stati terzi, non ha fatto proprio il principio della priorità dell'esecuzione del provvedimento giudiziario restrittivo proveniente da uno Stato membro, già previsto, ad esempio, dall'articolo 8 del Trattato italo-spagnolo che rappresenta, come detto, il progenitore diretto dello strumento adottato a Laeken. Tale opzione, dalla marcata valenza politica, palesa una scelta di fondo univoca: da un lato, l'Unione Europea si propone di realizzare un celere rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri; d'altro canto, al paragrafo 3 dell'articolo 20, rubricato “concorso di richieste di consegna”, un sistema composito di decisione. La scelta sulla priorità da assegnare alle richieste concorrenti spetta, infatti, anche

in questo caso alla Corte d'appello competente che dovrà preventivamente sentire il Ministro della giustizia.

La disposizione richiamata recita: “quando, nei confronti della stessa persona, sono stati emessi un mandato d'arresto europeo e una richiesta d'estradizione da parte di uno Stato terzo, la Corte d'appello competente per il mandato d'arresto, sentito il Ministro della giustizia, decide se va data la precedenza al mandato d'arresto ovvero alla richiesta d'estradizione tenendo conto della gravità dei fatti, dell'ordine di presentazione delle richieste e di ogni altro elemento utile alla decisione”. Il dettato non chiarisce all'interprete la valenza del parere del Ministro della Giustizia che pare, però, non essere, secondo la lettera della legge, cogente per l'autorità giudiziaria competente, a decidere se assegnare priorità al MAE ovvero alla richiesta d'estradizione. Pare, comunque, ragionevole ipotizzare che, in ipotesi siffatte, il ruolo del Guardasigilli sarà centrale e pregnante, alla stregua di una decisione che presenti caratteri sostanzialmente politici e di opportunità diplomatica come, d'altronde, accennato dalla stessa regola dell'articolo 20 che, con formulazione assorbente, impone la valutazione di “ogni altro elemento utile alla decisione”. Quanto detto sopra si allinea, poi, con ciò che statuisce il paragrafo 4 dell'art. 16, concernente la circostanza in cui lo Stato membro riceva anche una richiesta di consegna sovranazionale. In sostanza, l'abolizione sostitutiva del sistema tradizionale d'estradizione con le formalità di consegna semplificate del mandato d'arresto europeo, “lascia impregiudicati gli obblighi degli Stati membri che derivano dallo Statuto della Corte penale internazionale”. Di conseguenza, se lo Stato membro è anche Parte dello Statuto di Roma, si applicano le disposizioni che reca il titolo 9 dello stesso (artt. 86-102): ove concorrano una richiesta “per l'arresto e la consegna di una persona” in conformità all'articolo 89 dello Statuto ed una domanda di esecuzione di un mandato d'arresto europeo; la competente autorità dello Stato richiesta darà soluzione al conflitto applicando proprio i criteri dettati in materia di *competing requests* dell'art. 90 dello Statute. Il principio di specialità si risolve, fondamentalmente, in un'inibizione. Esprime, infatti, il divieto di adottare misure restrittive della libertà o di procedere nei confronti dell'estradato per fatti anteriori e diversi rispetto a quelli per cui l'estradizione è stata concessa. Dal momento che il limite è oggettivamente calibrato su un fatto storico necessariamente sottoposto ad una qualificazione giuridica, il divieto non ha univoca estensione. Il principio suddetto, infatti, può impedire la variazione del *nomen iuris*



(cosiddetto *accezione crassa*), tollerare la modificazione della qualificazione giuridica del fatto (cosiddetto *accezione forte*) o addirittura permettere che si proceda all'azione penale o si restringa la libertà personale, per reati connessi a quello per cui l'estradizione stessa è stata ottenuta. La *ratio* dell'istituto risiede nell'esigenza di impedire richieste fraudolente di estradizione da parte di Stati che, ottenuta la disponibilità del reo solamente in relazione a determinate ipotesi di reato, intendano trattenere la persona anche per fatti diversi anteriormente commessi, violando, così, gli accordi presi con lo Stato di rifugio.

Con riguardo al principio in rassegna, la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo all'art. 27, paragrafo 2, prevede che: «[...] la persona non è sottoposta ad un procedimento penale, condannata o altrimenti privata della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stata consegnata», ribadendo la portata della clausola di specialità. Le eccezioni a questa previsione generale sono raggruppabili per gruppi omogenei perché informate a criteri comuni di fondo. Così, il par. 1 dell'art. 27 in esame sembra porre una sorta di presunzione *iuris tantum* quando afferma che ogni Stato membro può rendere noto all'Unione, nella figura del Segretario generale del Consiglio, che nei suoi rapporti con altri Stati membri che hanno effettuato la stessa notifica, si presume che sia stato accordato l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura privativa della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna, diversi da quello per cui il soggetto è stato consegnato, salvo che, in un caso specifico, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, faccia una diversa dichiarazione nella sua decisione relativa alla consegna. Il paragrafo 3, lett. a) specifica che il principio generale non si applica nell'ipotesi della soggezione implicita alla giurisdizione, vale a dire quando, pur avendo avuto la possibilità di farlo, il ricercato non abbia lasciato il territorio dello Stato membro al quale è stato consegnato entro quarantacinque giorni successivi alla scarcerazione definitiva oppure vi abbia fatto ritorno dopo averlo lasciato. Le ulteriori deroghe di cui all'art. 27.3, lettere b), c) e d) sono accomunate, pur nella eterogeneità delle situazioni descritte, dal comune presupposto della mancata restrizione della libertà personale, perché il reato per cui si procede alla consegna non è punibile con misura privativa della libertà, oppure in quanto il procedimento penale non dà luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale ed infine perché la persona è soggetta a pena o misura che non implichi la privazione della libertà, ivi inclusa una misura

pecuniaria, anche se può restringere la sua libertà personale. È possibile, inoltre, una rinuncia esplicita alla garanzia, in base al dettato dell'art. 27.3, lett. e), che contempla l'ipotesi della persona la quale, oltre ad acconsentire alla propria consegna, ai sensi dell'art. 13 della suddetta decisione quadro, abbia mostrato di non volersi altresì valere del principio di specialità. In effetti, l'art. 13.1, prevede che l'arrestato possa rinunciare a tale beneficio, definito dall'art. 27.2, mediante dichiarazione raccolta dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in conformità con il diritto interno del medesimo Stato membro dell'esecuzione. Una declinazione particolare del medesimo parametro si ha, sulla base dell'art. 27.3, lettera f), nell'ipotesi in cui la persona, dopo essere stata consegnata, abbia espressamente rinunciato a beneficiare della regola della specialità rispetto a particolari reati anteriori alla sua consegna, prevedendosi l'iter procedurale di raccolta del consenso volto a garantire la piena avvertenza dell'esplicita rinuncia alla garanzia. In ultimo, la lettera g) della norma consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione che ha consegnato il ricercato di fornire il suo assenso in conformità al comma 4 nel quale si prevede che, se la richiesta d'assenso è presentata all'autorità giudiziaria dell'esecuzione con adeguate garanzie d'informazione, l'assenso è accordato qualora il reato per cui è richiesto dia esso stesso luogo a consegna conformemente al disposto della decisione quadro. L'assenso è rifiutato per i motivi di cui all'art. 3, motivi di non esecuzione obbligatoria e, altrimenti, può essere rifiutato solo per i motivi di cui all'art.4, motivi di non esecuzione facoltativa, mentre, per ciò che concerne le situazioni di cui all'art. 5, garanzie che lo Stato emittente deve fornire in casi particolari, relative al giudizio in *absentia*, ai reati puniti con l'ergastolo, al fatto che il ricercato è cittadino o residente nello Stato membro d'esecuzione, lo Stato emittente deve fornire le medesime garanzie. Concludendo, per quanto riguarda il principio in rassegna, non si è in presenza di alcun radicale sovvertimento del quadro normativo generale che sottende la tradizionale vigenza e applicazione della clausola nelle convenzioni internazionali. Piuttosto, pare importante sottolineare che, in conformità alle dichiarazioni generali che hanno accompagnato il varo della decisione quadro, si è transitati da un problema attinente prettamente il rapporto Stati, ad un piano di esclusive garanzie individuali.

In sostanza, dunque, la regola della specialità è rimasta sostanzialmente intatta, pur con una diversa modulazione delle deroghe in relazione alle specifiche modalità operative del mandato d'arresto europeo<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*; D. MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, diretto da M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI, Torino, 2006; D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, E.FORTEZZA *La tutela dei diritti fondamentali nella disciplina del mandato d'arresto europeo tra ordinamento interno e comunitario*, Pisa, 2013.

## CAPITOLO III

**Il recepimento italiano della decisione quadro 2002/584/GAI:  
la legge 22 aprile 2005, n. 69**

La legge 22 aprile 2005, n. 69, recante “disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri”<sup>46</sup>, ha recepito nel nostro ordinamento la decisione quadro 2002/584/GAI<sup>47</sup> del Consiglio dell’Unione europea relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Paesi dell’Unione.

Nel dettare la normativa di attuazione, il legislatore italiano, stante la particolare delicatezza della materia trattata, ha ritenuto opportuno dedicare il primo corpo di disposizioni della legge di recepimento alle disposizioni di principio. Lo ha fatto tenendo in considerazione l’assunto secondo il quale alla base del mandato d’arresto europeo vi è la reciproca fiducia tra Stati, elemento fondante ed imprescindibile per l’affermazione completa del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, evidenziato dall’art. 1, comma 2, della decisione quadro predetta.

Tale decisione, istituendo uno strumento di cooperazione giudiziaria<sup>48</sup>, costituisce, peraltro, la prima applicazione del succitato principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie<sup>49</sup>, che ha base giuridica nel titolo VI del Trattato dell’Unione europea

---

<sup>46</sup> La legge è stata pubblicata in *Gazzetta ufficiale*, 29 aprile 2005, n. 98.

<sup>47</sup> La decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea del 13 giugno 2002 è stata pubblicata in *G.U.C.E.*, 18 luglio 2002, n. L-190.

<sup>48</sup> Cfr. *C.G.C.E.*, grande sezione, 3 maggio 2007, C 303/05, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3078 e ss. (con osservazioni di E. SELVAGGI), in *Foro it.*, 2007, f. 9, c. 439 (con nota di G. IUZZOLINO) e in *Riv. dir. internaz.*, 2007, p. 871, che ha precisato che la decisione quadro relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri (che ha sostituito l’istituto dell’extradizione) non presenta aspetti che ne infirmano la validità, con riferimento all’ordinamento comunitario. La decisione quadro trova il suo fondamento nell’art. 31, n. 1, lett. a) e b), TUE, secondo cui l’azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale mira a rendere più agevole ed efficace la cooperazione stessa, risultando impossibile concludere che l’adozione di decisioni quadro dirette al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari dei Paesi membri riguardi solo le norme penali nelle materie indicate nella lett. e) di tale articolo (cioè: criminalità organizzata, terrorismo e traffico illecito di stupefacenti). A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, la cooperazione giudiziaria in materia penale risulta attualmente disciplinata dagli artt. 82 e ss. del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE).

<sup>49</sup> Il principio è indicato al considerandum n. 6 della decisione quadro medesima.

(TUE), in materia di spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, e che dal Consiglio europeo di Tampere è stato considerato pietra angolare di ogni strumento di cooperazione tra Stati membri<sup>50</sup> (si osservi che ogni riferimento al Trattato in questione e al TCE, se non diversamente specificato, è fatto, *ratione temporis*, ai testi vigenti prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona)<sup>51</sup>.

Deve darsi atto che la legge di recepimento del MAE costituisce, altresì, il primo caso di attuazione, da parte dell'Italia, di una decisione quadro dell'Unione europea, attività normativa prevista dall'art. 34, paragrafo 2, lett. b), TUE<sup>52</sup>; la finalità attuativa della legge in questione emerge, peraltro, evidente dalla lettura del primo comma dell'art. 1.

Dall'obbligo di attuazione imposto dal Trattato discende, altresì, la possibilità di cogliere le caratteristiche intrinseche dell'atto normativo sovranazionale, il quale contiene disposizioni obbligatorie solo per gli Stati membri e non anche negli Stati membri<sup>53</sup>, a cagione della propria natura di norme *non self-executing* come esplicitamente previsto in tal senso dall'art. 34, paragrafo 2, lett. b), TUE<sup>54</sup>. La legge in questione, pertanto, non può essere comparata ad altri atti normativi che ratificano accordi di diritto internazionale in quanto la decisione quadro non condivide, con questi ultimi, alcuna affinità: a differenza di essi, infatti, la decisione obbliga gli Stati a conformare i propri ordinamenti giuridici agli

<sup>50</sup> In dottrina, così L. SALAZAR, *il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. pen e proc.*, 2002, p. 1041; A. LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. PEDRAZZI, Milano, 2004, p. 19; A.CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, 2010.

<sup>51</sup> Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai Capi di Stato e di Governo, ha modificato il Trattato sull'Unione Europea (TUE) - che ha mantenuto il suo titolo attuale - ed il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), che è stato rinominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'8 agosto 2008, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 in seguito all'ultima ratifica, avvenuta il 3 novembre 2009, da parte della Repubblica Ceca.

<sup>52</sup> La disposizione citata, infatti, prevedeva che «le decisioni quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito a forma e mezzi». L'imperetto è d'obbligo, atteso che con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona il citato articolo è stato abrogato. Attualmente la disposizione di riferimento deve intendersi l'art. 288 TFUE (ex art. 249TCE) il quale prevede che «per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti». La materia, dunque, d'ora in poi verrà regolata tramite direttive.

<sup>53</sup> Così G. IUZZOLINO, *Mandato di arresto e garanzie costituzionali*, in *il giusto proc.*, 2002, n. 4, p. 262.

<sup>54</sup> In argomento cfr. anche U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *dir. dell'Un. Eu.*, 2007, f.l, p. 13 e seg.

obiettivi che essa stessa indica, stabilendo, comunque, il termine entro il quale tale attuazione deve intervenire<sup>55</sup>.

L'art. 1 della legge n. 69 del 2005 contiene, al suo interno, la definizione di mandato d'arresto europeo<sup>56</sup>. Esso si identifica in una decisione giudiziaria, emessa da uno Stato membro dell'Unione europea, in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro, di una persona, al fine dell'esercizio nei suoi confronti di azioni giudiziarie in materia penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale.

Si definisce "attiva" la procedura volta all'esecuzione di un mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria italiana, mentre quella "passiva", di riflesso, presuppone una richiesta di consegna proveniente da altro Stato membro dell'Unione. Inteso come provvedimento volto ad ottenere la consegna di un soggetto per sottoporlo a misura restrittiva della libertà personale, il mandato di arresto assume una connotazione essenzialmente strumentale, configurandosi come mero adempimento esecutivo<sup>57</sup>.

In altri termini, il mandato di arresto rappresenta il passaggio procedimentale necessario per fornire un adeguato supporto informativo alle autorità dello Stato richiesto, in vista dell'esecuzione - nei confronti del soggetto che si trova al di fuori del territorio

---

<sup>55</sup> Nel caso della decisione quadro 2002/584/GAI il termine stabilito era quello del 31 dicembre 2003, sebbene l'Italia, come altri Stati, non abbia provveduto prima del suo spirare.

<sup>56</sup> Si è di fronte, come evidente, alla trasposizione, quasi fedele, della medesima definizione contenuta nell'art. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI. In dottrina, peraltro, si è osservato come una differenza sarebbe individuabile in relazione al cosiddetto euromandato "processuale" (o di "cognizione"), ovvero a quello che per la decisione quadro è emesso «ai fini dell'esercizio di un'azione penale» mentre per la legge di attuazione «ai fini dell'esercizio di azioni giudiziarie». La differenza consisterebbe, in tal caso, nel fatto che, mentre sulla base della normativa comunitaria la richiesta di consegna dovrebbe consentire l'instaurazione di un processo penale, sulla base della legge di recepimento, a causa della maggiore genericità del riferimento, essa sarebbe finalizzata all'esecuzione di «Un provvedimento cautelare od altra decisione *contra libertatem*» anche non «specificamente diretto a sottoporre il ricercato a processo penale»: cfr. G. DARAIÒ, *I «provvedimenti provvisori» ed il «sequestro di beni» nella procedura passiva di consegna*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo, dall'estradiçione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis e E. Selvaggi, Torino, 2005, p. 355.

<sup>57</sup> La compilazione e la spedizione del mandato di arresto integrano una «attività di carattere meramente certificativo-amministrativo-strumentale, preordinata all'esecuzione dell'ordinanza cautelare fuori dei confini dello Stato, la quale non offre alcun margine di discrezionalità al compilatore e costituisce adempimento assolutamente dovuto ed a contenuto vincolato» (così, Cass., sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569, confl. comp. in proc. *Diana*, in Foro it., 2009, n. 12, II, c. 648 s.).

nazionale, ma comunque nell'ambito di uno dei Paesi dell'Unione<sup>58</sup> - di un'ordinanza impositiva della custodia cautelare o di una sentenza definitiva di condanna<sup>59</sup>.

Il mandato è, però, connesso al provvedimento "presupposto" esclusivamente sotto il profilo funzionale, restando, per ogni altro aspetto, del tutto autonomo rispetto alla pronuncia giurisdizionale da eseguire.

Le autorità dello Stato di esecuzione si limitano, infatti, ad esaminare la completezza delle informazioni contenute nella richiesta di consegna, non potendo sindacare nel merito il provvedimento sottostante attraverso l'esame degli atti posti a fondamento dello stesso. Deve ritenersi, pertanto, che il mandato di arresto sia connotato da un elevatissimo grado di astrattezza rispetto al procedimento penale dal quale scaturisce la sua emissione<sup>60</sup>. D'altra parte, solo così si realizza l'obiettivo di agevolare la circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dello spazio comune europeo, per dare concreta attuazione al proclamato principio del mutuo riconoscimento.<sup>61</sup>

L'avvio della procedura passiva - come già anticipato - presuppone la richiesta di consegna di una persona che si trova in Italia ed è ricercata dall'autorità giudiziaria di altro Stato dell'Unione ai fini dell'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale, che può essere una sentenza irrevocabile di condanna - anche se applicativa di una misura di sicurezza - o una pronuncia di natura cautelare, purché motivata e sottoscritta da un giudice (art. 2, commi 2 e 3).

Per dare corso alla richiesta, occorre, però, che il titolo da eseguire risponda ai requisiti fissati dagli artt. 7 e 8 della legge di attuazione, cioè risulti emesso per un reato che legittimi il mandato di arresto, anche in ragione dell'entità della sanzione massima applicabile o, nel caso di condanna, di quella concretamente irrogata.

---

<sup>58</sup> Il mandato di arresto - così come si evince dalla formulazione dell'art. 29 della legge n. 69/2005 - è emesso dall'autorità procedente quando «risulta», con ragionevole probabilità, che la persona ricercata abbia la residenza, il domicilio o la dimora nel territorio di uno Stato membro dell'Unione (cfr. A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 340).

<sup>59</sup> Cfr. ancora Cass., sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569, confl. comp. in proc. *Diana*, cit.

<sup>60</sup> L'autonomia del mandato di arresto rispetto alle vicende del procedimento penale non è tale, tuttavia, da consentirne l'esecuzione in forza di un provvedimento divenuto inefficace: l'art. 31 della legge di attuazione prevede, infatti, in tale evenienza, la perdita di efficacia anche del mandato (Cfr. *Il mandato di arresto europeo*, DELLA MONICA).

<sup>61</sup> Al riguardo, vanno segnalate, ancora una volta, le interessanti riflessioni di L. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle sentenze penali*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, p. 1041 ssg.

La consegna non può comunque essere concessa senza la decisione favorevole della Corte di appello, che è l'organo deputato alla verifica delle condizioni necessarie ai fini del trasferimento coattivo all'estero della persona ricercata (art. 5, comma 1).

Invece, le disposizioni contenute nel capo II del titolo II della legge di attuazione disciplinano la procedura attiva di consegna che prende avvio con l'emissione, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, del mandato di arresto volto ad ottenere la consegna di un soggetto - destinatario di una misura cautelare custodia e/o di una sentenza definitiva di condanna ad una pena o misura di sicurezza di natura detentiva - che si trova sul territorio di altro Stato membro dell'Unione. La procedura si articola, essenzialmente, in due momenti: l'emissione del mandato di arresto (fase attiva), affidata agli organi giudiziari dello Stato richiedente, e l'attività finalizzata alla consegna della persona ricercata (fase passiva)<sup>62</sup> che è gestita, invece, dalle autorità dello Stato richiesto.

Ciò che rileva, dunque, nell'analisi della normativa nazionale, è la sola fase di emissione del mandato di arresto, l'unica demandata, in via esclusiva, agli organi giudiziari dello Stato italiano<sup>63</sup>. Va precisato che il mandato di arresto può essere emesso dall'autorità giudiziaria italiana nei casi tassativamente previsti dall'art. 28, comma 1, della legge di attuazione, vale a dire:

- a) per l'esecuzione della misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari;
- b) per l'esecuzione della pena detentiva non inferiore ad un anno, sempre che non operino cause di sospensione;
- c) per l'esecuzione di misure di sicurezza personali di natura detentiva.

Evidente è la differenza tra la prima ipotesi, che postula l'avvenuto esercizio del potere cautelare nell'ambito di un procedimento penale ancora in itinere, e le altre, per le

---

<sup>62</sup> Cfr. G. IUZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo: la procedura attiva*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VI, Torino, 2009, p. 524.

<sup>63</sup> Sul punto, la giurisprudenza ha ribadito che le autorità dello Stato di emissione si limitano a verificare l'osservanza delle norme che disciplinano la procedura attiva di consegna, poiché il sindacato sul corretto svolgimento della procedura passiva è rimesso esclusivamente all'autorità competente dello Stato di esecuzione (così Cass., sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 20823, *Bosti*, in CED Cass., 247360.; Cass., sez. VI, 13 marzo 2008, n. 31770, *Iannuzzi*, inedita; Cass., sez. fer., 4 settembre 2007, n. 34215 *Di Summa*, in CED Cass., 238091; Cass., sez. VI, 11 gennaio 2007, n. 18466, *Qerimaj Safet*, in CED Cass., 236577).



quali, invece, il presupposto è rappresentato da una sentenza irrevocabile di condanna a sanzione detentiva<sup>64</sup>.

Si distingue, non a caso, il mandato di arresto “processuale” da quello “esecutivo”<sup>65</sup>, proprio per sottolineare che il primo si innesta in una vicenda giudiziaria non ancora definita, mentre il secondo può essere emesso solo all’esito del processo di cognizione.

## 1. La procedura passiva di consegna

Per dare avvio alla procedura di consegna, l’autorità giudiziaria dello Stato richiedente ha due possibilità: emettere il mandato di arresto e trasmetterlo, per l’esecuzione, alla Corte di appello territorialmente competente oppure ricorrere alla segnalazione nel «Sistema di informazione Schengen» (S.I.S.)<sup>66</sup>, che implica la richiesta di un’immediata cattura del ricercato mediante l’arresto eseguito di propria iniziativa dalla polizia giudiziaria<sup>67</sup>.

Al di là di tale ipotesi, l’autorità richiedente è libera di assumere l’una o l’altra iniziativa, a seconda che ritenga necessario o meno l’arresto della persona ricercata ad opera della P.G. È questo, difatti, l’aspetto che differenzia le due modalità di avvio della procedura di consegna: con la segnalazione nel sistema Schengen, l’arresto dell’indiziato o del condannato si configura come atto dovuto, autonomamente eseguito dalla polizia giudiziaria; viceversa, quando l’autorità interessata alla consegna dispone la trasmissione del mandato di arresto alla Corte di Appello, spetta a quest’ultima l’eventuale adozione di un

---

<sup>64</sup> È opportuno, tuttavia, precisare che una misura di sicurezza personale potrebbe essere provvisoriamente applicata, con ordinanza, nel corso del procedimento penale ai sensi degli artt. 312 e 313 c.p.p.- e non vi è motivo per escludere, anche in questo caso, il ricorso al mandato di arresto ai fini dell’esecuzione della misura.

<sup>65</sup> Cfr. G. IUZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo: la procedura attiva*, cit., p. 535 ssg.

<sup>66</sup> Si tratta di un sistema informatico per la gestione e lo scambio di informazioni tra gli Stati aderenti alla Convenzione del 19 giugno 1990, attuativa dell’accordo di Schengen. Tale sistema è composto da un centro di riferimento, con sede a Strasburgo (C-SIS), e da sezioni periferiche, dislocate sul territorio dei singoli Stati (N-SIS). Ciascuna struttura dispone di una copia della stessa base informativa, poiché il C-SIS coordina e controlla l’inserimento in rete di tutte le segnalazioni provenienti dagli N-SIS. Ogni centro nazionale può chiedere, infatti, la modifica dei dati già forniti - attraverso nuovi inserimenti, variazioni o cancellazioni - e la struttura centrale, dopo aver operato un controllo formale sulla richiesta, provvede alla diffusione dell’aggiornamento, in tempo reale, a tutte le altre sezioni periferiche del sistema. Quanto alla composizione degli N-SIS, giova ricordare che essi comprendono anche gli uffici denominati S.I.R.E.N.E. che hanno il compito di mettere in collegamento le autorità giudiziarie e di polizia dei singoli Stati, al fine di favorire o scambio di dati ulteriori rispetto a quelli rilevabili dal circuito informativo comune.

<sup>67</sup> La Convenzione istitutiva del S.I.S. - ratificata dall’Italia con la legge 388 del 1993.

provvedimento coercitivo nei confronti della persona ricercata, senza ricorso alla misura pre-cautelare dell'arresto.

Affinché si possa considerare ritualmente eseguita, la segnalazione nel sistema Schengen deve indicare: le generalità della persona ricercata; l'autorità da cui proviene la richiesta di cattura; l'esistenza di un mandato di arresto, di altro atto equipollente o di una sentenza avente forza esecutiva; la natura e la qualificazione giuridica del reato per cui è stato adottato il provvedimento restrittivo; la data e il luogo di commissione del fatto, il grado di partecipazione della persona segnalata e, se possibile, le conseguenze prodotte dal reato. Tali requisiti non corrispondono esattamente a quelli elencati nell'art. 6, comma 1, della legge di attuazione per descrivere il contenuto del mandato di arresto che deve necessariamente indicare, ad esempio, anche la pena irrogata o irrogabile al ricercato<sup>68</sup>. Ciò spiega perché il legislatore ha stabilito che i due atti possono essere ritenuti equivalenti solo se la segnalazione inserita nel sistema Schengen rispetti fedelmente le forme prescritte per la redazione del mandato di arresto (art. 13, comma 3)<sup>69</sup>.

A prescindere da tale eventualità, quando le indicazioni fornite dall'autorità dello Stato di emissione risultano comunque idonee ad attivare il S.I.S., la polizia giudiziaria procede all'arresto della persona segnalata trasmette il relativo verbale - non oltre le ventiquattro ore - al presidente della Corte di appello nel cui distretto è stata eseguita la misura precautelare (art. 11, comma 1)<sup>70</sup>.

La polizia giudiziaria è tenuta ad informare immediatamente anche il Ministro della giustizia, affinché quest'ultimo - nel suo ruolo di autorità centrale - comunichi con

---

<sup>68</sup> Sulle differenze tra la segnalazione nel sistema Schengen e il mandato di arresto, appaiono particolarmente interessanti le riflessioni di F. SIRACUSANO, *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, p. 897.

<sup>69</sup> Giova ricordare, al riguardo, che la giurisprudenza di legittimità ha sempre valorizzato le finalità sostanziali della segnalazione nel sistema Schengen, ritenendo, ad esempio, ammissibile la richiesta, anche in assenza di una precisa indicazione della data e del luogo del commesso reato, «qualora il fatto sia descritto nelle sue linee essenziali, idonee a definirlo ed a rendere edotta l'autorità italiana della sua specificità» (così, *ex multis*, Cass., sez. VI, 17 settembre 1996, n. 1694, *Weathers*, in Cass. pen., 1997, p. 3064). È, però, evidente che, mancando tali requisiti, sebbene non venga meno l'obbligo di procedere alla cattura della persona ricercata, la segnalazione non può fungere da atto equipollente al mandato di arresto.

<sup>70</sup> Come già previsto dalla normativa codicistica in materia di estradizione, il verbale di arresto va trasmesso direttamente al giudice competente per la convalida - anziché all'ufficio del pubblico ministero - ma entro un lasso di tempo inferiore a quello fissato dall'art. 716, comma 2, c.p.p., che concede, per tale adempimento, il termine massimo di quarantotto ore. Sul punto, v. M. ROMANO, *L'arresto di polizia e la convalida*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di G. Pansini, A. Scalfati, Napoli, 2005, p. 69.

altrettanta urgenza l'avvenuta esecuzione dell'arresto allo Stato richiedente. Tale comunicazione è volta a sollecitare l'invio alla Corte di appello del mandato di arresto e dei documenti che ad esso vanno allegati a norma dell'art. 6, commi 3 e 4, della legge di attuazione (art. 11, comma 2). In luogo del mandato di arresto, l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione può anche trasmettere la segnalazione inserita nel sistema Schengen, sempre che - come già detto - vi siano le condizioni per ritenere l'una equivalente all'altro. Occorre, inoltre, allegare al mandato o alla segnalazione -per meglio illustrare la vicenda sottoposta al giudizio della Corte di appello - i seguenti documenti: una copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta di arresto<sup>71</sup>; una relazione sulle imputazioni contestate alla persona di cui si chiede la consegna, con l'indicazione delle fonti di prova, del tempo e del luogo di commissione del fatto e della sua qualificazione giuridica; il testo delle disposizioni di legge applicabili, da cui poter rilevare anche il tipo e la durata della pena; i dati segnaletici e ogni altra possibile informazione atta a determinare l'identità e la nazionalità della persona arrestata.

Subito dopo aver ricevuto i documenti richiesti, il Ministro li trasmette al presidente della Corte di appello, unitamente ad una loro traduzione in lingua italiana (art. 6, comma 5). Sebbene si tratti di documentazione da esaminare al momento della decisione sulla consegna, il Ministro ne chiede comunque l'invio contestualmente alla comunicazione dell'avvenuto arresto, poiché il giudizio di convalida della misura pre-cautelare apre una fase giurisdizionale destinata a chiudersi, giocoforza, con la pronuncia in merito alla consegna della persona arrestata<sup>72</sup>.

Prima dell'intervento del presidente della Corte di appello, la polizia giudiziaria deve, però, ultimare gli adempimenti preliminari, innanzitutto provvedendo agli avvisi strumentali

---

<sup>71</sup> Bisogna distinguere, tuttavia, la documentazione che va trasmessa nei dieci giorni successivi all'emissione dell'ordinanza cautelare in sede di udienza di convalida dell'arresto (art. 13, comma 3) da quella richiesta ai fini della pronuncia sulla consegna della persona ricercata (art. 6, commi 5 e 6).

<sup>72</sup> È opportuno, pertanto, che la richiesta del Ministro contenga l'avvertimento di cui all' art. 6, comma 5, della legge di attuazione, volto a precisare che l'invio della documentazione è condizione necessaria per la pronuncia sull'esecuzione del mandato di arresto. La disposizione che prevede tale avvertimento non rientra tra quelle richiamate nell'art. 11, comma 2, ma sarebbe illogico dare l'avviso nei casi di ricorso alla procedura "ordinaria" ed emetterlo quando la richiesta di documenti viene inoltrata a seguito dell'arresto della persona ricercata. Va ricordato, peraltro, che la mancata trasmissione del mandato di arresto o - se equivalente - della segnalazione inserita nel sistema Schengen, nel termine di dieci giorni dall'emissione dell'ordinanza cautelare, determina l'estinzione della misura applicata, così come previsto dall'art. 13, comma 3, della legge di attuazione.

all'esercizio del diritto di difesa. L'arrestato va informato, in una lingua a lui comprensibile, del mandato emesso e del suo contenuto, della possibilità di acconsentire alla propria consegna<sup>73</sup>, della facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere assistito da un interprete. Per la particolare delicatezza di alcune informazioni, il legislatore ha riservato tale compito all'ufficiale di polizia giudiziaria, al quale dev'essere data, quindi, immediata notizia dell'arresto nel caso in cui non sia presente all'atto dell'esecuzione della misura. Qualora l'arrestato, dopo aver preso cognizione delle sue facoltà, non provveda alla nomina di un difensore di fiducia, la polizia giudiziaria si attiva per individuarne uno d'ufficio ai sensi dell'art. 97 c.p.p. e, in ogni caso, avvisa tempestivamente il difensore dell'avvenuto arresto. Tali attività - che non richiedono un contatto con l'arrestato - possono essere affidate anche ad un agente di polizia giudiziaria ma nel verbale trasmesso al presidente della Corte di appello bisogna comunque dare atto, a pena di nullità, dell'adempimento di tutti gli obblighi previsti *ex lege*, nonché degli accertamenti eventualmente compiuti ai fini dell'identificazione dell'arrestato (art. 12).

Il legislatore non ha espressamente attribuito all'ufficiale di polizia giudiziaria il potere di disporre l'immediata liberazione dell'arrestato quando risulta evidente l'errore di persona o l'esecuzione della misura al di fuori dei casi consentiti. Il riconoscimento implicito di tale potere potrebbe ricavarsi dal disposto dell'art. 39, comma 1, della legge di attuazione, che rinvia, per quanto non previsto, alle norme del codice di procedura penale, sicché sarebbe ipotizzabile un provvedimento di liberazione adottato dall'ufficiale di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 389, comma 2, c.p.p.

Appaiono, però, molto più solidi e convincenti gli argomenti utilizzabili a sostegno della tesi contraria. In quest'ottica, va dato innanzitutto rilievo alla previsione di cui all'art. 13, comma 2, della legge di attuazione, che disciplina espressamente l'ipotesi dell'immediata liberazione dell'arrestato, affidando tale potere al presidente della Corte di appello o al giudice da lui delegato per la convalida, senza estendere la stessa legittimazione all'ufficiale di P.G., come fa, invece, l'omologa disposizione del codice di rito. E un dato, questo, che sembra sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 389, comma 2, c.p.p., poiché evidenzia la dubbia compatibilità della previsione codicistica con la normativa speciale (cfr. art. 39,

---

<sup>73</sup> Il consenso alla consegna non può essere acquisito dalla P.G. poiché spetta al presidente della Corte di appello l'adempimento di tale incombenza, all'atto dell'audizione dell'arrestato.

comma 1). Dal testo dell'art. 13 della legge di attuazione si evince, peraltro, l'intento di collegare l'immediata liberazione dell'arrestato alla sua audizione in sede di convalida della misura pre-cautelare e ciò avvalorava l'idea che l'ufficiale di polizia giudiziaria non possa disporre la scarcerazione della persona ricercata sulla base dei soli dati ricavabili dalla segnalazione nel sistema Schengen. Tali rilievi - supportati dall'apprezzamento della particolare delicatezza dei rapporti di cooperazione giudiziaria tra Stati diversi, delle limitate informazioni di cui dispone la polizia giudiziaria al momento dell'arresto e dell'esiguità del termine previsto per l'audizione dinanzi al presidente della Corte di appello - suggellano la convinzione che il silenzio della norma vada interpretato come segnale indicativo della volontà di riservare al giudice della convalida il potere di immediata liberazione dell'arrestato<sup>74</sup>.

Sono essenzialmente due - come già anticipato - i compiti che è chiamato a svolgere l'organo giurisdizionale nel corso del procedimento di convalida: procedere all'audizione dell'arrestato e decidere in merito al mantenimento del suo *status detentionis*. La competenza - funzionale e territoriale - appartiene al presidente della Corte di appello nel cui distretto è stato eseguito l'arresto ma è comunque prevista la possibilità di delegare l'una e l'altra incombenza. Laddove l'arrestato sia recluso in località diversa da quella in cui è stato eseguito l'arresto, alla sua audizione può provvedere - su delega - il presidente del Tribunale ordinario territorialmente competente al quale, però, non è mai consentita l'adozione dei provvedimenti *de libertate*. Per le decisioni sulla convalida dell'arresto e sull'eventuale applicazione di una misura cautelare - nonché per l'audizione della persona detenuta nell'ambito del distretto - il presidente della Corte di appello può farsi sostituire, invece, solo da un magistrato della stessa Corte (art. 13, comma 1). L'audizione serve, innanzitutto, ad identificare l'arrestato al fine di rilevare eventuali errori di persona - ed a renderlo edotto sia del mandato di arresto sia della doppia facoltà di acconsentire alla consegna e di rinunciare al cosiddetto "principio di specialità"<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> D'altra parte, se il legislatore avesse voluto rendere operativa la disposizione di cui all'art. 389, comma 2, c.p.p., avrebbe espressamente previsto la possibilità di disporre l'immediata liberazione all'esito degli accertamenti compiuti dalla polizia giudiziaria ai fini dell'identificazione dell'arrestato (art. 12, comma 3).

<sup>75</sup> Si tratta del principio sancito dall'art. 26 della legge di attuazione, secondo il quale, di regola, la persona consegnata allo Stato richiedente non può subire restrizioni della libertà personale per un fatto anteriore alla consegna e diverso da quello posto a fondamento del mandato di arresto.

Non può escludersi, tuttavia, che l'atto si arricchisca di contenuti ulteriori rispetto a quelli tipizzati dal legislatore, poiché viene compiuto - a differenza di quanto accade nel corso dell'iter "ordinario" di esecuzione del mandato di arresto (artt. 9 e 10) - immediatamente prima del giudizio cautelare, quando, cioè, l'arrestato ha un fortissimo interesse ad interloquire su aspetti procedurali da cui dipende la sua libertà.

È prevedibile, quindi, che l'arrestato trasformi l'audizione in una sorta di interrogatorio, attraverso il quale offre al giudice elementi di valutazione volti a contestare la sussistenza dei presupposti per la convalida dell'arresto e, soprattutto, per l'applicazione di una misura coercitiva. L'arrestato va necessariamente sentito alla presenza di un difensore, "che sarà quello di fiducia o, in mancanza, uno designato di ufficio, anche ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p., se necessario". Al difensore, quindi sebbene non espressamente previsto deve essere dato tempestivo avviso del compimento dell'atto, a pena di nullità dei provvedimenti adottati all'esito dell'audizione. Qualora l'interessato non comprenda la lingua italiana è obbligatoria la presenza di un interprete la cui mancata nomina determina l'invalidità del procedimento e delle decisioni *de libertate*. Dell'audizione deve essere preventivamente informato il Procuratore generale presso la Corte di appello.

Dopo aver sentito l'interessato il presidente della Corte di appello decide in merito alla convalida dell'arresto e all'eventuale applicazione di una misura cautelare. Il giudice, di regola, emette contestualmente le pronunce che definiscono il procedimento *de libertate* ma, in ogni caso, almeno sul piano logico, la decisione sulla convalida dell'arresto necessariamente precede quella relativa all'applicazione della misura cautelare. Ciò perché si tratta di provvedimenti che, nonostante accorpati in un unico atto, restano "distinti ed ontologicamente autonomi"<sup>76</sup>: l'uno volto a vagliare la legittimità dell'iniziativa assunta dalla P.G., l'altro, invece, ad evitare che la persona ricercata si sottragga alla consegna.

La relazione non è, però, biunivoca, nel senso che la convalida dell'arresto non determina necessariamente l'adozione di una misura cautelare. Per convincersi dell'assunto, basta considerare che la protrazione dello *status detentionis* della persona ricercata richiede la

---

<sup>76</sup> Al riguardo, la validità del provvedimento cautelare non è inficiata dalla sua eventuale adozione a distanza di qualche giorno dall'avvenuta convalida dell'arresto (v. Cass.sez.VI, 6 maggio 2008 n. 35816, *Enciu*, in CED Cass., 241256).

sussistenza del pericolo di fuga, vale a dire di una condizione che potrebbe anche mancare allorquando vi siano tutti i presupposti per ritenere legittima l'esecuzione dell'arresto<sup>77</sup>.

La rimessione in libertà è disposta, con decreto motivato, quando “risulta evidente che l'arresto è stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi previsti dalla legge”<sup>78</sup>. La norma pretende, dunque, che la causa ostativa alla convalida emerga dagli atti in termini di oggettiva evidenza, sicché l'eventuale dubbio non può che risolversi in danno dell'arrestato.

Quando non deve disporre l'immediata liberazione dell'arrestato, poiché ritiene legittima l'esecuzione della misura cautelare, il presidente della Corte di appello decide con ordinanza, ai sensi degli artt. 9 e 10 della legge di attuazione. L'ordinanza emessa a conclusione del giudizio cautelare è comunicata e notificata, dopo la sua esecuzione, al procuratore generale presso la Corte di appello<sup>79</sup>, alla persona interessata e al difensore<sup>80</sup>, tutti legittimati a proporre ricorso per cassazione<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Tale impostazione sembra avallata - sia pure in termini non espliciti - dalla giurisprudenza di legittimità: v., ad esempio, Cass., sez. VI, 23 febbraio 2007, n. 7708, *Sanfilippo*, in CED Cass., 235561, dove si è affermato che la convalida dell'arresto non influisce minimamente sull'esito della procedura di consegna e sulla possibilità di adottare, nel suo ambito, la misura cautelare ritenuta più idonea a scongiurare l'eventuale pericolo di fuga della persona ricercata.

<sup>78</sup> La Corte di cassazione ha più volte sottolineato, infatti, che il controllo affidato al presidente della Corte di appello è di tipo esclusivamente formale (per tutte, v. Cass., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 20550, *Volanti*, cit.).

<sup>79</sup> Il procuratore generale va anche interpellato prima della decisione, affinché possa esprimere il proprio parere sulla convalida dell'arresto e sull'applicazione della misura coercitiva (artt. 9, comma 4, e 13, comma 2).

<sup>80</sup> È sicuramente ammissibile anche una richiesta di revoca o di sostituzione della misura cautelare, ai sensi dell'art. 299 c.p.p., per il venir meno o l'attenuazione dell'esigenza cautelare di cui all'art. 274, lett. b), c.p.p. oppure per l'intervenuto mutamento delle condizioni che hanno determinato l'originario giudizio prognostico favorevole alla consegna. La giurisprudenza - così come traspare da alcune pronunce - sembra, però, riconoscere tale possibilità solo in ragione di fatti sopravvenuti che consentano di rivalutare la persistenza di un concreto pericolo di fuga (v. Cass., sez. VI, 4 aprile 2006, n. 19297, C., in CED Cass., 234731). In realtà, non v'è motivo per escludere la revoca della misura nel caso in cui - pur essendovi un giudicato cautelare - risultino oggettivamente insussistenti i presupposti per dare corso alla richiesta di consegna, anche perché, altrimenti, si rischia di non poter porre tempestivo rimedio ad indebite restrizioni della libertà personale in presenza di macroscopici errori di valutazione in ordine all'eseguitività del mandato di arresto. Deve ritenersi, inoltre, che neppure il passaggio in giudicato della decisione sulla consegna possa precludere la verifica giurisdizionale in ordine alla persistente utilità della misura cautelare. Fino all'effettiva consegna della persona ricercata, permane, infatti, l'interesse della difesa a sollecitare un controllo sulla necessità di mantenere ferma la misura in corso di esecuzione. In tal caso, però - come precisato dalle Sezioni unite intervenute in tema di estradizione, la richiesta di revoca o di sostituzione del provvedimento cautelare non può fondarsi su aspetti attinenti alle condizioni per la concedibilità della consegna - in relazione alla quale vi è già una pronuncia definitiva - bensì sulla sopravvenuta inefficacia della misura o sull'insussistenza del pericolo di fuga (v. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 26156, *Di Filippo*, in Cass. pen., 2003, p. 2978). Per quanto concerne la competenza a pronunciarsi sull'istanza di revoca o di sostituzione della misura, non è agevole stabilire se, in pendenza del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, debba decidere la stessa Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 718 c.p.p., oppure la Corte di appello, secondo il combinato disposto degli artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att. c.p.p., poiché il

La misura applicata perde efficacia se, nel termine di dieci giorni dall'emissione dell'ordinanza cautelare<sup>81</sup>, non perviene il mandato di arresto o la segnalazione inserita nel sistema Schengen, sempre che quest'ultima contenga tutte le indicazioni di cui all'art. 6, comma 1, della legge di attuazione<sup>82</sup>. Per consentire la tempestiva esecuzione di tale adempimento, il legislatore ha previsto che la polizia giudiziaria comunichi immediatamente l'avvenuta cattura della persona ricercata al Ministro della giustizia, affinché questi - con

---

generale rinvio alle disposizioni del codice (art. 39, comma 1), in assenza di ulteriori indicazioni sul punto, sembrerebbe legittimare l'una e l'altra soluzione interpretativa. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità è orientata in favore della competenza funzionale della Corte di appello, che deve pronunciarsi *de plano*, senza, cioè, il ricorso alle forme del procedimento camerale. Decisiva - secondo la corte di cassazione - è la mancanza nella legge introduttiva del mandato di arresto di una disposizione analoga a quella dettata dall'art. 718 c.p.p. in tema di estradizione, che prevede, per un verso, in pendenza del ricorso per cassazione, la competenza del Giudice di legittimità e, per altro verso, che la decisione sia assunta «in camera di consiglio», vale a dire con le forme di cui all'art. 127 c.p.p. Non essendo applicabile il disposto dell'art. 718 c.p.p., il procedimento di revoca o di sostituzione della misura cautelare va definito nel rispetto delle forme di cui all'art. 299 c.p.p. (così Cass., sez. fer., 7 settembre 2010, n. 33545, *Trzeciak*, in Cass. pen., 2011, p. 2649). Occorre, tuttavia, ricordare che la pronuncia sull'istanza di revoca o di sostituzione della misura - analogamente a quanto stabilito in tema di estradizione - non è impugnabile dinanzi al tribunale del riesame, - ex art. 310 c.p.p., ma solo con ricorso per cassazione, facendo valere, peraltro, esclusivamente violazioni di legge, così come previsto dall'art. 719 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 9, comma 7, della legge n. 69/2005. Da ciò con segue che la mancata operatività dell'art. 718 c.p.p. - che assicura la partecipazione difensiva al procedimento di revoca o di sostituzione della misura - determina una significativa compressione delle garanzie poste a presidio della libertà personale, che difficilmente può giustificarsi con l'esigenza di semplificazione e di speditezza a cui è improntata la disciplina della procedura di consegna.

<sup>81</sup> È questa l'interpretazione più plausibile, anche se la norma non specifica chiaramente il *dies a quo* di decorrenza del termine.

<sup>82</sup> Si tratta della condizione posta dall'art. 13, comma 3, affinché la segnalazione possa ritenersi equivalente al mandato di arresto. È evidente che, qualora tale equivalenza si realizzi già nella fase iniziale della procedura, ovvero al momento dell'arresto eseguito dalla polizia giudiziaria, non può verificarsi il presupposto per la caducazione della misura cautelare, poiché la segnalazione - completa di tutti i requisiti prescritti dall'art. 6, comma 1, della legge di attuazione - risulta *ab origine* nella disponibilità del giudice della convalida. L'assunto è coerente, del resto, con la funzione propria della segnalazione nel S.I.S., che funge da possibile veicolo di trasmissione del mandato di arresto, assommando in sé le richieste di cattura e di consegna della persona ricercata. Quanto all'equipollenza tra la segnalazione e il mandato di arresto, si è precisato che, sebbene l'art. 13, comma 3, richiami genericamente l'art. 6, i requisiti necessari sono esclusivamente quelli indicati nel comma 1, tra i quali non rientra la relazione sui fatti contestati (prevista dal comma 4), che non è qualificata dal legislatore come informazione obbligatoriamente contenuta nel mandato di arresto, bensì come documento da allegare allo stesso. Ne consegue che la relazione è necessaria ai fini della decisione sulla richiesta di consegna, ma la sua mancanza non determina l'estinzione della misura cautelare (v. Cass., sez. VI, 12 dicembre 2005, n. 46357, *Cusini*, in Cass. pen., 2006, p. 3567 e p. 4117, con note di D. SERVI, *Mandato di cattura europeo: segnalazione nel S.I.S. e requisiti necessari alla misura cautelare*, e di R. BELFIORE, *Mandato di arresto e segnalazione nel S.I.S.: quali atti possono essere richiesti all'autorità di emissione?*, nonché in Cass. pen., 2007, p. 680). Nella stessa pronuncia si è anche chiarito che la mancata indicazione della pena minima prevista per il reato ascritto alla persona ricercata non può ritenersi influente sull'applicazione della misura cautelare, ai cui fini rileva, per quanto stabilito dall'art. 7, comma 3, solo l'indicazione della pena massima (l'assunto è stato, di recente, ribadito da Cass., sez. VI, 1 dicembre 2011, n. 45364, P. in CED Cass., 251187; v., altresì, Cass., sez. VI, 9 gennaio 2009, n. 4371, *D'Angelo*, in CED Cass., 242644, secondo cui il provvedimento cautelare non perde efficacia se, nel termine di dieci giorni, perviene il mandato di arresto privo dell'indicazione delle fonti di prova).



altrettanta urgenza - provveda ad informare lo Stato richiedente, ai fini della trasmissione del mandato di arresto e della documentazione che ad esso deve essere allegata (art. 11, comma 2)<sup>83</sup>.

L'onere posto a carico dell'autorità richiedente risulta adempiuto nel momento in cui il mandato perviene al Ministro della giustizia il quale deve, poi, inviarlo, «senza ritardo», al giudice competente a pronunciarsi sulla consegna (art. 9, comma 1). Nel caso di inosservanza del termine, l'interessato va immediatamente posto in libertà, essendo divenuto inefficace, *ipso facto*, il titolo che giustifica lo stato di coercizione. La declaratoria di intervenuta estinzione della misura non preclude l'adozione di un nuovo provvedimento restrittivo, che può essere emesso, però, ai sensi dell'art. 9 della legge di attuazione, solo quando il mandato di arresto sia pervenuto alla Corte di appello.

L'alternativa alla segnalazione nel sistema Schengen è costituita - come già detto - dalla trasmissione del mandato di arresto all'autorità giudiziaria competente ad eseguirlo. In tal caso, la procedura di consegna non prende avvio con la cattura della persona ricercata ad opera della polizia giudiziaria, ma è connotata, *ab origine*, dalla garanzia di una valutazione giurisdizionale - peraltro affidata al collegio - sulla necessità di applicare una misura restrittiva della libertà personale.

Alla ricezione del mandato di arresto - trasmesso direttamente dall'autorità richiedente o per il tramite del Ministro della giustizia (art. 9 comma 1) - è deputato il presidente della Corte di appello, che va ovviamente individuato, *ratione loci*, in base ai criteri attributivi della competenza a pronunciarsi sulla consegna. Occorre fare riferimento, quindi, nell'ordine, alla Corte di appello nel cui distretto l'imputato o il condannato ha la residenza, la dimora o il domicilio al momento della ricezione del mandato di arresto o, in via sussidiaria, laddove non siano applicabili tali criteri, alla Corte di appello di Roma.

Quando, invece, per lo stesso fatto si procede nei confronti di più persone, è competente la Corte nel cui distretto ha la residenza, il domicilio o la dimora il maggior

---

<sup>83</sup> Nella procedura di estradizione, l'autorità emittente viene informata solo dopo l'applicazione della misura cautelare ed è tenuta ad inviare la richiesta di estradizione - unitamente alla documentazione di cui all'art. 700 c.p.p. - nel termine di quaranta giorni dall'avvenuta ricezione della comunicazione, a pena di revoca della misura applicata (artt. 715, commi 5 e 6, e 716, comma 5, c.p.p.). La legge sul mandato di arresto - com'è agevole rilevare - ha anticipato (al momento della cattura) la comunicazione allo Stato richiedente ed ha ridotto (da quaranta a dieci giorni) il termine previsto per la trasmissione dei documenti, nell'ottica di una complessiva accelerazione della procedura di consegna, in sintonia con la ratio che ha ispirato l'introduzione dell'istituto.

numero delle persone ricercate o, sempre in via sussidiaria, la Corte di appello di Roma (art. 5)<sup>84</sup>.

Ricevuto il mandato di arresto, il presidente ne dà immediata comunicazione al procuratore generale - per consentirgli di esprimere il parere sull'eventuale adozione di una misura coercitiva - e provvede agli adempimenti preliminari alla decisione *de libertate*, verificando, in particolare, la validità della documentazione trasmessa dallo Stato richiedente e il rispetto dei criteri attributivi della competenza<sup>85</sup>.

Qualora insorgano difficoltà relative alla ricezione o all'autenticità dei documenti inviati, il presidente deve prontamente attivarsi per risolverle, stabilendo un contatto diretto con l'autorità giudiziaria che ha emesso il mandato di arresto (art. 9, comma 2)<sup>86</sup>.

Quanto al controllo sulla competenza, l'eventuale violazione dei criteri fissati dal legislatore può essere rilevata, in questa prima fase, solo se appare palese e incontrovertibile<sup>87</sup>.

Compiute tali verifiche, il presidente riunisce la Corte di appello<sup>88</sup>, al fine di valutare la necessità di disporre una misura coercitiva - previa acquisizione del parere del procuratore generale<sup>89</sup> - qualora sussista il concreto pericolo che la persona ricercata possa sottrarsi alla consegna. Il provvedimento assume la forma dell'ordinanza -ovviamente motivata a pena di nullità- ed è adottato secondo le disposizioni di cui al titolo I del libro IV del codice, fatta

---

<sup>84</sup> Se non v'è stata la segnalazione del ricercato nel sistema Schengen, non può evidentemente operare il criterio normativa che assegna la competenza territoriale alla Corte di appello nel cui distretto è stato eseguito l'arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria (art. 5, comma 5).

<sup>85</sup> Al presidente è sempre concessa, però, la facoltà di delegare tali adempimenti ad altro magistrato della stessa Corte (art. 9, comma 1).

<sup>86</sup> In tal caso, il legislatore impone l'instaurazione di un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie interessate - senza l'intermediazione del Ministro - per favorire la rapida risoluzione di ogni possibile dubbio. Un'esigenza, questa, opportunamente evidenziata, prima dell'approvazione della legge n. 69/2005, da M. CHIAVARIO, *Un tema sempre più scottante. Il mandato di arresto europeo*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 611 ssg.

<sup>87</sup> In altri termini, "deve trattarsi di incompetenza rilevabile *ictu oculi* e, pertanto, di una questione che non si presenti complessa o di difficile soluzione" (A. BARBIERI, *Il mandato di arresto europeo*, cit. pag. 241).

<sup>88</sup> Il riferimento alla "riunione" vale semplicemente a rimarcare il carattere collegiale della decisione che va adottata dalla Corte, in camera di consiglio, inaudita altera parte.

<sup>89</sup> L'applicazione della misura cautelare non è subordinata ad una richiesta del Pubblico ministero che svolge una funzione meramente consultiva e non vincolante, poiché l'impulso per l'adozione del provvedimento restrittivo proviene dall'autorità estera emittente.

eccezione - come già detto - per gli artt. 273, commi l e l bis, 274, lett. a) e c), e 280 (art. 9, commi 4, 5 e 6)<sup>90</sup>.

Se è applicata la misura, entro cinque giorni dalla sua esecuzione, il presidente della Corte di appello - personalmente o delegando altro magistrato della stessa Corte - provvede a sentire la persona sottoposta al provvedimento coercitivo. L'audizione va compiuta alla presenza di un difensore, designato d'ufficio se non c'è stata una nomina di fiducia, che deve essere avvisato almeno ventiquattro ore prima. Lo svolgimento dell'atto si articola in due fasi: il presidente innanzitutto rende noto all'interessato, in una lingua a lui comprensibile, il contenuto del mandato di arresto e l'iter procedurale previsto per la sua esecuzione, informandolo, inoltre, della facoltà di acconsentire alla consegna e di rinunciare al beneficio di non essere sottoposto ad altro procedimento penale, di non essere condannato o altrimenti privato della libertà personale per reati anteriori alla consegna e diversi da quello per cui la stessa è stata disposta; l'obbligo di preventiva informazione è funzionale alla vera e propria audizione, nel corso della quale l'interessato può, *causa cognita*, dichiarare tutto ciò che ritiene utile alla sua difesa, anche ai fini dell'eventuale revoca della misura coercitiva (art. 10, commi l e 2)<sup>91</sup>.

Compiuta l'audizione, il presidente provvede a fissare con decreto, nel termine di venti giorni dall'esecuzione del provvedimento cautelare<sup>92</sup>, l'udienza in camera di consiglio per la pronuncia sulla richiesta di consegna. Il decreto è comunicato al procuratore generale e notificato all'interessato e al suo difensore almeno otto giorni prima della data di udienza, per consentire loro di prendere visione ed estrarre copia della documentazione depositata in cancelleria. È espressamente previsto, inoltre, che lo Stato richiedente, a condizione di reciprocità, possa partecipare al procedimento camerale, facendosi rappresentare da un avvocato abilitato al patrocinio dinanzi agli organi giurisdizionali del nostro Paese. Per

---

<sup>90</sup> La misura cautelare disposta a seguito della ricezione del mandato di arresto (art. 9) - rispetto a quella adottata in sede di convalida dell'arresto eseguito dalla polizia giudiziaria (art. 11) - è applicata con una pronuncia collegiale e senza la preventiva audizione dell'interessato.

<sup>91</sup> L'obbligo di informare l'interessato deve essere adempiuto, quindi, in forma chiara ed esaustiva, anche perché, all'atto dell'audizione, il mandato di arresto e i documenti allegati non risultano ancora depositati in cancelleria (v. art. 10, comma 4). Di conseguenza, neppure il preventivo colloquio con il difensore può sopperire ad una carente attività informativa del giudice che procede.

<sup>92</sup> Detto termine sembra avere natura ordinatoria, essendo previsto che la decisione debba comunque intervenire, salva l'eventuale proroga per cause di forza maggiore, entro sessanta giorni dall'esecuzione della misura coercitiva, a pena di inefficacia della misura stessa e, conseguente, remissione in libertà dell'interessato ai sensi dell'art. 17 commi 2 e 21.

garantire l'esercizio di tale facoltà, occorre, naturalmente, che l'avviso della data di udienza sia inviato anche all'autorità interessata all'esecuzione del mandato di arresto (art. 10, comma 4).

La fase che precede la decisione sulla consegna - emessa, di regola, entro il termine di sessanta giorni dalla pronuncia *de libertate* - è riservata al compimento di attività volte a soddisfare esigenze prospettate, in funzione dei rispettivi compiti, dall'organo giudiziario richiedente o da quello incaricato dell'esecuzione. Nel primo caso, qualora il mandato sia carente dei requisiti di cui alle lett. a), c), d), e) e d) dell'art. 6, comma 1, della legge di attuazione<sup>93</sup> o, comunque, occorrono approfondimenti ulteriori per verificare se la consegna vada rifiutata o subordinata a specifiche garanzie (artt. 18 e 19), la Corte di appello può chiedere all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, direttamente o per il tramite del Ministro della giustizia, le opportune integrazioni, fissando un termine massimo, non superiore a trenta giorni, per la trasmissione di quanto richiesto. Se l'istanza resta, anche parzialmente, inevasa e le informazioni mancanti sono necessarie ai fini della decisione, la Corte di appello è obbligata a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto, negando la consegna della persona ricercata (artt. 6, comma 2, 16). Per quanto concerne, invece, la documentazione da allegare al mandato (art. 6, commi 3 e 4), la procedura volta ad ottenere

---

<sup>93</sup> Non è dato comprendere, anche esaminando i lavori parlamentari, perché il legislatore abbia escluso la prescrizione di cui alla lett. b), che impone di indicare nel mandato di arresto i dati identificativi dell'autorità giudiziaria emittente (nome, recapito, numero di telefono e di fax, indirizzo di posta elettronica). Non ha senso, infatti, precludere la possibilità di una formale richiesta di integrazione, qualora la Corte di appello, neppure ufficiosamente, sia riuscita ad ottenere tali informazioni, peraltro necessarie ai fini dell'instaurazione di contatti diretti tra le autorità giudiziarie interessate alla procedura di consegna. In giurisprudenza, si è comunque precisato che la mancanza dei dati di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), non inficia la validità della richiesta di consegna (così Cass., sez. VI, 23 febbraio 2012, n. 7400, in CED Cass., 252043). Sul punto, cfr. anche A. BELLUCCI, *La verifica sul contenuto del mandato di arresto e sui documenti allegati ai fini dell'esame della inchiesta di consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di L. KALB, Milano, 2005, p. 279, il quale opportunamente rileva che alcuni dei dati mancanti nel mandato di arresto - come le informazioni relative alla natura del reato, alla qualificazione giuridica, alle circostanze del fatto e all'eventuale pena inflitta [art. 6, lett. d), e) ed f)] - potrebbero essere desumibili dai documenti allegati, che si prestano, anzi, a soddisfare in maniera addirittura più esaustiva i requisiti indicati dal legislatore. La giurisprudenza, inoltre, ha chiarito che, laddove il mandato di arresto sia fondato su una sentenza di condanna, non è necessario che questa contenga l'attestazione di inequivocabilità, essendo sufficiente che sia dotata di forza esecutiva, anche se ancora impugnabile, così come si evince dalla formulazione dell'art. 8, par. 1, lett. c), della decisione quadro e dell'art. 6 lett. c), della legge di attuazione. A tal fine, peraltro, una volta che l'autorità richiedente abbia affermato, nel mandato di arresto, l'esecutività della sentenza di condanna, non spetta all'autorità giudiziaria italiana sindacare tale affermazione, verificandone il fondamento normativa attraverso il vaglio delle disposizioni vigenti nello Stato di emissione (cfr. Cass., sez. VI, 16 novembre 2010, n. 42159, *Cinque*, in CED Cass., 248689; Cass., sez. VI, 24 novembre 2009, n. 46223, *Pintea*, in CED Cass., 245449; Cass., sez. VI, 29 ottobre 2008, n. 43341, *Lavatus*, in CED Cass., 241520).

le dovute integrazioni è strutturata diversamente. In tal caso, ad attivarsi non è il Collegio, come previsto dall'art. 16, ma il presidente della Corte di appello o altro magistrato della stessa Corte da lui delegato. La richiesta di integrazione può essere trasmessa allo Stato di emissione solo per il tramite del Ministro della giustizia, il quale, dopo aver ricevuto i documenti, li fa pervenire al presidente della Corte di appello unitamente alla loro traduzione in lingua italiana. Non è prevista, infine, l'imposizione di alcun termine per l'invio della documentazione, ma il Ministro deve specificare all'autorità emittente che la ricezione dei dati mancanti costituisce "condizione necessaria per l'esame della richiesta di esecuzione da parte della Corte di appello" (art. 6, comma 5).

In attesa dell'esecuzione del mandato di arresto, l'autorità giudiziaria emittente può chiedere l'adozione di "provvedimenti provvisori", funzionali ad attività investigative ritenute necessarie e urgenti, nonché il "sequestro di beni" nella disponibilità del ricercato, utilizzabili a fini di prova o suscettibili di confisca (art. 15).

La richiesta dei provvedimenti provvisori - in quanto motivata da esigenze investigative - è ipotizzabile solo nell'ambito di una procedura di consegna attivata sulla base di una pronuncia non ancora definitiva, essendo chiaramente inconfigurabile la necessità di compiere atti di indagine quando è intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato. L'ulteriore presupposto è costituito, ovviamente, dalla pendenza del procedimento di esecuzione del mandato di arresto, poiché non avrebbe alcun senso autorizzare l'interrogatorio in Italia della persona ricercata o disporre il suo trasferimento temporaneo nello Stato di emissione per lo svolgimento di attività investigative urgenti, se la Corte di appello si è già determinata in favore dell'accoglimento della richiesta di consegna. Per l'adozione di tali provvedimenti, occorre sempre una richiesta dell'autorità giudiziaria emittente che deve indicare l'atto (o gli atti) da compiere, lo strumento che a tal fine intende utilizzare - cioè l'interrogatorio delegato o il trasferimento temporaneo del ricercato - e le ragioni per le quali ritiene necessario e urgente lo svolgimento delle prospettate attività istruttorie. Sulla richiesta è chiamato a pronunciarsi il presidente della Corte di appello, il quale, verificata la sussistenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza, autorizza l'interrogatorio o dispone la consegna provvisoria dell'interessato, tenendo anche conto dei tempi di definizione della procedura esecutiva del mandato di arresto.

Sempre in funzione di improcrastinabili esigenze istruttorie, l'autorità giudiziaria emittente può chiedere - come già anticipato - il trasferimento all'estero del ricercato per il tempo strettamente necessario al compimento dell'atto. Anche in questo caso, la decisione spetta al presidente della Corte di appello che, sempre per il tramite del Ministro della giustizia, comunica tempestivamente l'eventuale provvedimento favorevole all'autorità richiedente affinché vengano concordate le modalità di attuazione, le condizioni e la durata del trasferimento.

Contestualmente, la Corte di appello chiamata a pronunciarsi sulla consegna è legittimata a disporre, d'ufficio o a richiesta dell'autorità emittente, con decreto motivato, sentito il parere del procuratore generale, il sequestro di beni giacenti in Italia e di cui il ricercato abbia la disponibilità necessaria ai fini della prova o suscettibili di confisca perché profitto, prezzo o prodotto del reato.

Fino a quando non è intervenuta la decisione della Corte di appello sulla richiesta di esecuzione del mandato di arresto, la persona ricercata può esprimere il proprio consenso alla consegna, accelerando, così, i tempi di definizione della procedura. Per ritenerlo validamente acquisito, l'assenso va accolto con l'osservanza di forme e garanzie prescritte *ex lege* - espresso dinanzi al giudice che procede, con modalità documentate in "apposito verbale", alla presenza di un difensore e dell'interprete (ove occorra) - che assicurino una manifestazione di volontà esente da condizionamenti e confortata dalla piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche ad essa ricollegate.<sup>94</sup> Alla libera determinazione dell'interessato è rimessa anche l'operatività del limite previsto dall'art. 26, comma 1, della legge di attuazione ed a tutti noto come "principio di specialità" che impedisce all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, una volta ottenuta la consegna, di sottoporre il ricercato a restrizioni della libertà personale per un fatto anteriore alla consegna stessa e diverso da quello posto a fondamento del mandato di arresto. La rinuncia a tale garanzia, qualora venga formalizzata prima della decisione della Corte di appello, non può

---

<sup>94</sup> Per una più ampia e approfondita riflessione sulle ragioni "strategiche" che possono indurre il ricercato ad acconsentire alla propria consegna, v. L. KALB, *Il consenso alla consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna* cit., p.318 ssg.

prescindere dal consenso alla consegna, nel senso che occorre necessariamente acconsentire all'esecuzione del mandato di arresto per poter rinunciare al principio di specialità.<sup>95</sup>

La stretta connessione tra le due facoltà ha indotto il legislatore a stabilire che la “rinuncia” va acquisita nel rispetto delle forme e delle garanzie richieste per la ricezione del “consenso” (art. 26, comma 2, lett. e), anche perché si tratta di volontà espresse, di regola, contestualmente. È, tuttavia, previsto che l'interessato - a prescindere dall'eventuale assenso prestato all'esecuzione del mandato di arresto - possa rinunciare al principio di specialità anche successivamente alla consegna. In tal caso, la dichiarazione è resa, ovviamente, dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, che deve garantire l'osservanza di “forme equivalenti” a quelle prescritte dalla normativa interna, avendo cura di indicare, a verbale, gli specifici reati per i quali la rinuncia è stata effettuata (art. 26, comma 2, lett. j). La previsione tradisce chiaramente il retaggio di un'antica e radicata diffidenza sul *modus operandi* delle autorità straniere, poiché l'esigenza di porre precisi limiti normativi alla validità di rinunce generalizzate o tacite non può che nascere dal sospetto di possibili violazioni delle garanzie poste a tutela della persona consegnata.

L'art. 17 della legge di attuazione affida alla Corte di appello il compito di pronunciarsi “sull'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della richiesta” (comma 1), verificando, da un lato, l'assenza di “cause ostative” alla consegna e, dall'altro, la sussistenza di “gravi indizi di colpevolezza” o “di una sentenza irrevocabile di condanna” (comma 4). Il legislatore pone chiaramente in luce la duplice fisionomia della valutazione rimessa alla Corte, chiamata ad accertare l'esistenza di presupposti e, all'inverso, l'inesistenza di divieti, ma lascia all'interprete l'onere di una compiuta ricostruzione sistematica tanto delle “condizioni” necessarie per disporre la consegna quanto delle “cause ostative” alla concessione della stessa. Sul primo versante, basta un rapido sguardo all'intera normativa per rilevare che, ai fini dell'esecuzione del mandato di arresto, al di là della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza o di una sentenza di condanna divenuta irrevocabile (così come

---

<sup>95</sup> Sul tema della rinuncia al principio di specialità, considerata la mole degli apporti dottrinali, ci si limita a segnalare solo alcuni dei contributi più significativi: A. BARAZZETTA, *I principi di specialità e doppia incriminazione: la loro rivisitazione nel mandato di arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. PEDRAZZI, Milano, 2004, p. 99 ssg.; M. CAIANIELLO, *Il Principio di Specialità*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, cit., p. 215 ssg.; E. CALVANESE, *Principio di specialità e consenso dell'estradatao*, in Cass. Pen., 2003, p. 3089 s.; G. DALIA, *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, cit., p. 50 ssg.

previsto dall'art. 17, comma 4), occorrono anche altri requisiti, di natura sia formale che sostanziale (artt. 6, 7 e 8). Altrettanto variegato è il quadro normativo attinente al secondo profilo della decisione, atteso che, nonostante il ricchissimo catalogo dei casi di «rifiuto della consegna» elencati nell'art. 18, analoghi divieti sono enucleabili da disposizioni diverse da quella specificamente dedicata al tema (v. artt. 2, 8 e 20).

Quanto ai requisiti “sostanziali”, occorre innanzitutto verificare il presupposto della “doppia incriminazione” che può ritenersi sussistente quando il fatto per cui risulta emesso il mandato di arresto è “previsto come reato anche dalla legge nazionale” (art. 7, comma 1). Tuttavia, le deroghe a tale disposizione di principio sono, tuttavia, numerosissime e di portata tale da mettere addirittura in dubbio l'assunto che la regola da rispettare per l'esecuzione della consegna sia effettivamente la doppia punibilità del fatto.<sup>96</sup>

Al di là dei casi indicati nell'art. 8, una specifica eccezione è prevista per i reati in materia di tasse e imposte, di dogana e di cambio, in relazione ai quali è richiesta la sola condizione che lo Stato italiano punisca la violazione delle norme relative a tasse o imposte analoghe con una pena massima - escluse le eventuali aggravanti - pari o superiore a tre anni di reclusione (art. 7, comma 2). Si coglie con immediatezza la *ratio* della previsione che è chiaramente volta a semplificare la verifica della doppia punibilità nei casi in cui tale accertamento, per la complessità e l'eterogeneità dei sistemi tributari dei singoli Stati membri dell'Unione, appare oggettivamente tortuoso. Risponde, invece, a tutt'altra esigenza la disposizione dettata dall'art. 8, comma 1, che consente di dare esecuzione al mandato di arresto «indipendentemente dalla doppia incriminazione», qualora risulti emesso per un reato riconducibile ad una delle ipotesi delittuose elencate nella stessa disposizione, purché la legge dello Stato di emissione preveda, per tale reato, una pena detentiva o una misura di sicurezza limitativa della libertà personale della durata massima - senza considerare le eventuali aggravanti - pari o superiore a tre anni.<sup>97</sup>

La norma - almeno in apparenza - sembra riprodurre lo schema delineato dall'art. 2, par.2, della decisione quadro, lasciando pensare, *prima facie*, al pedissequo recepimento delle

<sup>96</sup> Sul punto, G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, cit. pag. 100 e ssg.

<sup>97</sup> La dottrina ha fortemente criticato la scelta del legislatore, sostenendo che la rielaborazione delle trentadue fattispecie incriminatrici individuate dalla decisione quadro ha finito per restringere sensibilmente l'area di operatività della deroga al principio della doppia incriminazione. Per l'approfondimento di tali rilievi, v. A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, p. 79 s.; *Mandato di arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis, E. Selvaggi, cit., p. 33 ssg.



indicazioni impartite dal legislatore comunitario. In realtà raffrontando più attentamente le due disposizioni, è agevole rilevare che l'art. 8 della legge di adeguamento non solo offre una più analitica e restrittiva descrizione delle tipologie di reati per le quali non opera il principio della doppia incriminazione, ma riflette anche il chiaro intento di azzerare i margini di discrezionalità lasciati aperti dall'omologa previsione della decisione quadro. Secondo la normativa sovranazionale, per gli illeciti non ricompresi nella lista, la consegna poteva essere subordinata alla condizione che i fatti addebitati al ricercato integrassero una fattispecie di reato ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, indipendentemente dagli elementi costitutivi e dalla qualificazione giuridica (art. 2, par. 4). La previsione aveva indotto la dottrina a distinguere le ipotesi di consegna obbligatoria da quelle in cui la stessa doveva ritenersi meramente facoltativa, perché legata ad una verifica in concreto del requisito della doppia punibilità, a prescindere da un'esatta corrispondenza tra i due illeciti sul piano formale. Di tale distinzione, dopo il varo della legge di adeguamento, è rimasta traccia solo nella rubrica dell'art. 8 che individua i casi - definiti appunto - di "consegna obbligatoria", mentre non v'è alcuna disposizione che configuri ipotesi di esecuzione facoltativa del mandato di arresto, nel senso indicato dall'art. 2, par. 4, della decisione quadro.

Aver reso obbligatorio ciò che il legislatore comunitario prospettava come una semplice possibilità - vale a dire il rifiuto della consegna, per gli illeciti fuori lista, in mancanza del requisito doppia incriminazione - non sembra, tuttavia, una scelta censurabile. La soluzione adottata tende infatti a prevenire quelle situazioni di incertezza - o, peggio ancora, di diseguaglianza - che, giocoforza, emergono in sede applicativa quando la decisione è ancorata a parametri normativi troppo elastici o, comunque, non ben definiti. L'intento del legislatore non ha trovato, però, pieno riscontro in ambito giurisprudenziale, dove si è oramai consolidato l'indirizzo interpretativo secondo il quale, per ritenere soddisfatto il requisito della doppia incriminazione, non è necessario che lo schema astratto della fattispecie incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma del nostro sistema penale ma è sufficiente che il fatto concreto risulti punibile come reato in entrambi gli Stati, a nulla rilevando l'eventuale diversità del trattamento sanzionatorio, del *nomen iuris* e degli elementi - oggettivi e soggettivi - richiesti per la configurazione dell'illecito. Non può sfuggire, esaminando tali pronunce, l'inclinazione della

giurisprudenza prevalente ad assecondare - anche in tema di doppia punibilità - le finalità programmatiche della decisione quadro piuttosto che lo spirito della legge di adeguamento.<sup>98</sup>

Una volta constatata la riconducibilità del reato oggetto del mandato di arresto alla lista degli illeciti di cui all'art. 8, occorre comunque verificare - come già anticipato - il regime sanzionatorio previsto per detto reato. Il legislatore sembra subordinare, infatti, l'operatività della deroga al principio della doppia punibilità alla condizione che la fattispecie sia sanzionata dall'ordinamento dello Stato di emissione, senza tener conto di eventuali circostanze aggravanti, con la reclusione o una misura di sicurezza privativa della libertà personale di durata massima non inferiore a tre anni (art. 8, comma 1). Dalla formulazione della norma si evince chiaramente che bisogna far riferimento alla pena edittale ma il mandato di arresto può essere emesso anche ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna nella quale il giudice determina la sanzione da irrogare in concreto, quantificandola entro i limiti fissati *ex lege*. Non a caso, l'art. 7 della legge di attuazione, per definire l'ambito di operatività dell'istituto, utilizza due distinti parametri, stabilendo, in linea generale, che il mandato di arresto deve avere ad oggetto un reato punito dalla legge dello Stato richiedente con una pena o una misura di sicurezza restrittiva della libertà personale della durata massima non inferiore a dodici mesi (comma 3) e aggiungendo, poi, che quando è emesso per dare esecuzione ad una sentenza di condanna, la sanzione irrogata non può

---

<sup>98</sup> Così, da ultimo, Cass., sez. VI, 17 maggio 2012, n. 19406, *F.*, in CED Cass., 252723. In linea con tale impostazione, si è ritenuta sussistente la condizione della doppia punibilità in relazione al mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria tedesca per il reato di «tentato omicidio per omissione», commesso da un automobilista che, dopo essere stato coinvolto in un incidente stradale, aveva omesso di soccorrere una persona ferita in modo grave, trattandosi di fattispecie corrispondente - secondo la Corte - a quella prevista dall'art. 189, comma 7, del codice della strada (cfr. Cass., sez. VI, 19 marzo 2007, n. 11598, *Stoimenovskij*, in CED Cass., 235947). La giurisprudenza ha anche precisato che, ai fini della verifica del requisito della doppia incriminazione non rileva la perseguibilità a querela del reato prevista dall'ordinamento italiano (cfr. Cass., sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 45525, *Donnarumma*, in CED Cass., 247831), né la qualificazione giuridica del fatto operata in sentenza dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione essendo sufficiente una sostanziale corrispondenza tra le due fattispecie (cfr. Cass., sez. VI, 21 maggio 2010, n. 19574, *Serban*, in CED Cass., 247345; Cass., sez. VI, 13 giugno 2008, n. 26026, *Franconetti*, in CED Cass., 240348; Cass., sez. VI, 24 ottobre 2007, n. 39772, *Bulibasa*, in CED Cass., 237425). Si registrano, invece, orientamenti contrastanti. In ordine alla necessità che il fatto sia previsto come reato, nell'ordinamento italiano, già alla data della sua consumazione: la giurisprudenza prevalente ritiene irrilevante tale condizione (cfr. Cass., sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 4974, *Ghibirdic*, in CED Cass., 242647; Cass., sez. VI, 4 giugno 2008, n. 22453, *Paraschin*, in CED Cass., 240133), ma non mancano pronunce nelle quali si è esclusa la ricorrenza del requisito della doppia punibilità perché il fatto, all'epoca della sua commissione, non era ancora previsto come reato nell'ordinamento interno (in tal senso, Cass., sez. VI, 19 marzo 2009, n. 12724, *Cimpu*, in CED Cass., 243669).

avere una durata inferiore a quattro mesi (comma 4). È chiaro che, in questa seconda ipotesi, i limiti operano congiuntamente, sicché il reato per cui si procede deve essere punito con una pena o una misura di sicurezza di durata non inferiore, nel massimo, a dodici mesi e la sanzione concretamente irrogata con la pronuncia di condanna non può avere una durata inferiore ai quattro mesi.<sup>99</sup>

La ricostruzione normativa sin qui operata evidenzia la necessità di coordinare le previsioni di cui all'art. 7 con quella dettata dall'art. 8. Tale coordinamento non presenta difficoltà ove si faccia riferimento alla pena o alla misura di sicurezza applicata con la sentenza di condanna dovendosi ritenere che la soglia minima fissata dall'art. 7, comma 4, vada rispettata anche quando il reato rientra nel catalogo di cui all'art. 8. Il problema si pone, invece, per il limite edittale massimo, stante la divergenza, sul punto, tra le due disposizioni. La ricerca di una possibile soluzione deve partire dalla premessa che l'art. 8 prevede una deroga al principio della verifica, in concreto, della doppia incriminazione ma non è volto a creare un distinto "campo di applicazione del mandato di arresto", autonomo rispetto a quello delineato, in via generale, dall'art. 7. Sarebbe illogico, infatti, ritenere che per i reati inclusi in lista, qualora siano sanzionati con una pena massima di durata superiore a dodici mesi ma inferiore a tre anni, l'esecuzione del mandato di arresto debba essere sempre informata.

Il limite stabilito dall'art. 8 non può che operare, pertanto, in rapporto al contenuto prescrittivo della disposizione, vale a dire la presunzione legale della doppia punibilità per i reati riconducibili alle tipologie di illeciti ivi elencate. In definitiva, quando è chiamata a pronunciarsi sulla consegna, la Corte di appello è tenuta innanzitutto ad appurare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 7, per poi verificare se il reato per cui è stato emesso il mandato di arresto appartenente ad una delle categorie indicate nell'art. 8. Se tale verifica dà esito positivo, la Corte è esonerata dall'accertamento in concreto del requisito della doppia incriminazione solo nel caso in cui il reato risulti sanzionato dalla legge dello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva di durata massima non inferiore a tre anni. Viceversa, qualora il reato risulti punito meno severamente (ma, comunque, con un limite edittale non inferiore a dodici mesi) la Corte non può sottrarsi

---

<sup>99</sup> Nel caso di giudizio cumulativo, bisogna considerare la pena complessivamente irrogata all'imputato per tutti i reati a lui ascritti, non potendosi operare una scissione delle condanne inflitte per i singoli episodi criminosi (così Cass., sez. fer., 9 agosto 2011, n. 31874, *H.*, in CED Cass., 250723).

all'obbligo di accertare che il fatto sia oggetto di previsione punitiva anche nel nostro ordinamento, indicando, in motivazione, i rilevati elementi di convergenza tra le due fattispecie.

Entrambe le disposizioni, ai fini della determinazione della sanzione massima irrogabile vietano espressamente di tener conto di eventuali circostanze aggravanti (art. 7, comma 3, e 8, comma 1). La scelta non appare condivisibile, soprattutto perché onera la Corte di appello del gravoso compito di verificare se, nel limite edittale indicato all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, siano compresi anche gli aumenti di pena derivanti dall'applicazione di possibili aggravanti. Per cogliere appieno la complessità di tale verifica, basta considerare che non sempre gli ordinamenti stranieri prevedono circostanze facilmente riconoscibili e scindibili dal reato, ferma restando l'ulteriore difficoltà di stabilire, di volta in volta, se si è in presenza di un'autonoma fattispecie di reato o di un delitto circostanziato. D'altra parte, non è certamente casuale che la decisione quadro - così come ogni altra convenzione in materia di estradizione - non imponga l'esclusione delle aggravanti dal computo del limite edittale massimo di pena. Infine, nel testo dell'art. 8, al comma 3, si rinviene anche la previsione di un'ipotesi di "rifiuto della consegna", che andrebbe esaminata, dunque, *ratione materiae*, unitamente a quelle elencate nell'art. 18.

La consegna della persona ricercata, quando non è richiesta per l'esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, è subordinata alla sussistenza dei "gravi indizi di colpevolezza" (art. 17, comma 4), condizione, questa, non prevista dalla decisione quadro e che è apparsa a molti il segnale di un'oggettiva regressione rispetto al regime "convenzionale" dell'extradizione<sup>100</sup>, poiché induce il giudice italiano ad invadere il campo di valutazione della *res iudicanda* proprio dell'autorità giudiziaria richiedente, in violazione di quel principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri posto a fondamento della disciplina

---

<sup>100</sup> Il requisito dei gravi indizi di colpevolezza è previsto, infatti, in materia di estradizione, per i soli casi in cui non esiste una convenzione o questa non dispone diversamente (art. 705, comma 1, c.p.p.), mentre è estraneo alla Convenzione europea del 13 dicembre 1957 che non richiede, basandosi, evidentemente, sulla ritenuta sussistenza di un comune substrato di civiltà giuridica degli Stati membri del Consiglio d'Europa, un positivo accertamento di tale presupposto da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione. Ciò non significa, tuttavia, affrancare la domanda di estradizione dal presupposto dei gravi indizi di colpevolezza ma semplicemente esonerare la parte richiesta dal dovere di valutario autonomamente, rielaborando criticamente il materiale probatorio risultante dagli atti trasmessi. È questa la sostanziale differenza tra il regime convenzionale e quello extraconvenzionale dell'extradizione: nel primo, i gravi indizi di colpevolezza sono presunti, salvo che i fatti rilevabili dalla documentazione allegata alla richiesta siano inconciliabili con tale presunzione; nel secondo, invece, l'autorità giudiziaria italiana deve autonomamente individuarli e valutarli sulla base degli atti inviati dallo Stato richiedente.

del mandato di arresto. La giurisprudenza di legittimità ha costantemente suggerito - fin dai suoi primi interventi sul tema - un'interpretazione restrittiva dell'art. 17, comma 4, volta a scongiurare il rischio di possibili deviazioni dalle finalità perseguite dal legislatore comunitario. Secondo la Corte, in linea di principio, qualunque provvedimento cautelare - compreso il mandato di arresto emesso a carico di un soggetto non ancora raggiunto da una condanna definitiva - deve essere fondato su gravi indizi di colpevolezza, vale a dire su elementi probatori che rendano probabile l'affermazione di responsabilità dell'imputato all'esito del processo. La sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza - poiché costituisce, comunque, l'indefettibile ragione per la quale viene chiesta la consegna della persona ricercata - deve essere semplicemente "riconoscibile" dalla Corte di appello e, a tal fine, basta verificare che il mandato di arresto si fondi su un compendio indiziario ritenuto dall'autorità giudiziaria emittente "seriamente evocativo di un fatto reato commesso dalla persona ricercata". In altri termini, il requisito previsto dall'art. 17, comma 4, può ritenersi soddisfatto ove si riscontri una mera "apparenza indiziaria", essendo sufficiente che l'autorità richiedente, pur senza fornire una compiuta esposizione logico-argomentativa del materiale probatorio utilizzato ai fini della decisione, abbia dato "ragione" del provvedimento adottato attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona ricercata.

Si prescinde, ovviamente, dalla verifica della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza quando il mandato di arresto è finalizzato all'esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, resa all'esito di un accertamento giurisdizionale pieno della responsabilità penale del ricercato (art. 17, comma 4). Di tutta evidenza risulta, in tal caso, la necessità di coniugare il concetto di irrevocabilità della sentenza di condanna con gli ordinamenti interni degli Stati emittenti.

Come già accennato, i motivi di rifiuto della consegna sono in larga parte previsti dall'art. 18 della legge di attuazione che elenca venti ipotesi - riconducibili ad una varietà di istituti e principi - in cui la Corte di appello è tenuta a respingere la richiesta dell'autorità giudiziaria dello Stato di emissione. Il raffronto con la decisione quadro sollecita due osservazioni di ordine generale. Va innanzitutto rimarcata la scelta del nostro legislatore di non riproporre lo schema suggerito dalla normativa sovranazionale, dove risultano chiaramente distinti - anche perché confluiti in due autonome previsioni (artt. 3 e 4) - i casi

di rifiuto obbligatorio da quelli che determinano la semplice facoltà di non dare corso all'esecuzione del mandato di arresto. In presenza, quindi, di una delle cause ostative individuate dall'art. 18 della legge di attuazione, il rigetto della richiesta di consegna si configura sempre come atto dovuto. Da altro punto di vista, non si può fare a meno di osservare che le cause ostative elencate nell'art. 18 sono in numero maggiore rispetto a quelle previste (o comunque ipotizzate) dal legislatore comunitario. La lettura comparata dei due testi normativi - ancorché non agevolmente sovrapponibili per le forti asimmetrie di struttura e di lessico - consente, infatti, di rilevare che il legislatore nazionale ha introdotto un nucleo di divieti privi di "copertura comunitaria", in quanto completamente avulsi dalle indicazioni ricavabili sia dagli artt. 3 e 4 che dai considerando della decisione quadro. Appartengono a tale nucleo le previsioni che vietano la consegna della persona ricercata: se il diritto è stato leso con il consenso di chi, secondo la legge italiana, può validamente disporne; se il fatto, sempre per la legge italiana costituisce esercizio di un diritto, adempimento di un dovere oppure è stato determinato da caso fortuito o di forza maggiore; se l'ordinamento dello Stato di emissione non prevede limiti di durata massima della carcerazione preventiva; se il mandato di arresto va eseguito nei confronti di una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale gravità; se il provvedimento cautelare in base al quale è stato emesso il mandato di arresto risulta mancante di motivazione [art. 18, lett. b), c), e), s) e t)]. Di tutta evidenza appaiono le problematiche in sede di giurisprudenza di legittimità oggetto di divergenza rispetto alla decisione quadro che, tuttavia, non verranno approfondite in questa sede.

Inoltre, di rilevante interesse, è la scelta del legislatore di predisporre un regime differenziato di consegna a favore del cittadino italiano. Al riguardo, occorre innanzitutto distinguere il mandato di arresto finalizzato all'esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna da quello emesso - in pendenza del procedimento penale - sulla scorta di un provvedimento di natura cautelare.

Nel primo caso, opera il divieto previsto dall'art. 18, lett. r), secondo cui la Corte di appello rigetta la richiesta dello Stato di emissione, sempre che disponga l'espiazione della pena o della misura di sicurezza in Italia "conformemente al diritto interno". Nel secondo caso, invece, trova applicazione il disposto dell'art. 19, lett. c), che subordina la consegna

della persona che ha cittadinanza o residenza in Italia alla condizione che la stessa, dopo essere stata ascoltata rientri nel nostro Stato per scontarvi la pena o la misura di sicurezza eventualmente inflittale dall'autorità giudiziaria richiedente all'esito del procedimento penale. D'altra parte, il diritto dell'Unione - in forza della posizione di preminenza che gli viene accordata dall'impianto costituzionale (artt. 11 e 117, comma 1, Cost.) - deve necessariamente prevalere sulle norme dell'ordinamento interno.

Laddove si profili un contrasto, insanabile in via interpretativa, l'unica strada percorribile per ricomporre il sistema è la devoluzione della questione alla Corte costituzionale, non potendosi ipotizzare la disapplicazione della norma nazionale in favore dell'immediata operatività di una fonte sovraordinata - come la decisione quadro - che è priva di efficacia diretta. Da cui, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18, lett. r), della legge di attuazione, nella parte in cui non prevede il rifiuto della consegna anche del cittadino di altro Stato membro dell'Unione, che legittimamente ed effettivamente risieda o abbia dimora nel territorio italiano ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in conformità al diritto interno. Spetta, ovviamente, alla Corte di appello accertare la sussistenza del requisito della residenza o della dimora, all'esito di una valutazione complessiva degli elementi che caratterizzano le condizioni di vita della persona ricercata, tenendo conto, in particolare, della durata, della natura e delle modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché dei legami familiari ed economici che intrattiene nel nostro Paese. Al di là della tutela riservata al cittadino italiano e al residente in territorio nazionale, l'art.19 prevede altri due casi in cui la consegna, a prescindere dallo *status* della persona ricercata, è subordinata a precise condizioni. La prima ipotesi si realizza se il mandato di arresto è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminata con una decisione «pronunciata in *absentia*» e l'interessato non risulta «citato personalmente», né altrimenti informato della data e del luogo di svolgimento dell'udienza che ha portato alla pronuncia di condanna. La seconda ipotesi prevista dall'art. 19 si verifica quando il reato per cui è stato emesso il mandato di arresto è sanzionato con una pena o una misura di sicurezza che limitano a vita la libertà personale del condannato. La consegna, in tal caso, è subordinata alla condizione che l'ordinamento dello Stato di emissione preveda “una revisione della pena comminata” - su richiesta o comunque, entro venti anni - oppure “l'applicazione di

misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi” [art. 19, lett. b)].

Può accadere che la stessa persona sia ricercata da più autorità giudiziarie che attivano autonomamente la procedura per attenerne la consegna, inoltrando la relativa richiesta alla Corte di appello competente a pronunciarsi in merito. I criteri per dirimere il “conflitto” sono previsti dall’art. 20 che distingue - riprendendo lo schema delineato dall’art. 16 della decisione quadro - l’ipotesi di una pluralità di mandati di arresto da quella in cui occorre decidere anche sulla domanda di estradizione proveniente da un Paese estraneo all’Unione. Nel primo caso, dopo aver verificato la sussistenza delle condizioni per l’accoglimento delle richieste concorrenti, la Corte di appello stabilisce quale di esse vada concretamente eseguita, tenuto conto “di ogni rilevante elemento di valutazione” e, in particolare, della gravità dei reati per cui viene chiesta la consegna, del luogo di commissione degli stessi, dell’ordine temporale di emissione dei mandati e dell’eventuale diversità dei fini perseguiti dalle autorità giudiziarie interessate (art. 20, comma 1).

Sulla richiesta di consegna, se non v’è consenso, la Corte di appello “decide con sentenza in camera di consiglio”, dopo aver sentito il procuratore generale<sup>101</sup>, il difensore e, qualora siano presenti, la persona ricercata e il rappresentante dello Stato richiedente (art. 17, comma 1).<sup>102</sup> Il provvedimento va adottato entro il termine di sessanta giorni “dall’esecuzione della misura cautelare”, salvo un’eventuale proroga - non superiore a trenta giorni - che può essere disposta solo se giustificata da cause di forza maggiore (art. 17, comma 2). La sentenza - con la quale, se contraria alla consegna, la Corte revoca la misura cautelare applicata - è notificata alle parti (presenti e non) mediante lettura in udienza all’esito della camera di consiglio e va immediatamente comunicata al Ministro della giustizia che provvede ad informare le competenti autorità dello Stato di emissione e, nel caso di accoglimento della richiesta, il servizio per la cooperazione internazionale di polizia (art. 17, commi 5, 6 e 7).

Per quanto non espressamente previsto, deve ritenersi applicabile - nei limiti della compatibilità (art. 39, comma 1) - la disciplina dettata dall’art. 127 c.p.p. che costituisce il

---

<sup>101</sup> A differenza di quanto stabilito in tema di estradizione, la disciplina del procedimento di esecuzione del mandato di arresto non prevede richieste scritte del procuratore generale, bensì la sola sua partecipazione all’udienza fissata per la decisione sulla consegna (così Cass., sez. fer., 28 agosto 2008, n. 34575, *Di Stasio*, in CED Cass., 240916).

<sup>102</sup> Le modalità di avvio del procedimento sono disciplinate dall’art. 10, comma 4, della legge di attuazione.



modello di riferimento per le procedure in camera di consiglio. Particolarmente dibattuti, soprattutto in ambito dottrinale sono i concetti di termine e della sua natura, di forza maggiore e della legittimità degli effetti notificativi efficaci anche per gli assenti.<sup>103</sup>

La decisione della Corte di appello - sia essa favorevole o meno all'esecuzione del mandato di arresto - è impugnabile con ricorso per cassazione<sup>104</sup> che può essere proposto - anche per ragioni di merito- dall'interessato, dal suo difensore e dal procuratore generale presso la Corte di appello<sup>105</sup>, entro il termine di dieci giorni dalla «conoscenza legale» del provvedimento, vale a dire dalla lettura al termine della camera di consiglio o dalla ricezione dell'avviso di deposito in cancelleria<sup>106</sup>.

L'effetto sospensivo dell'impugnazione è previsto solo in relazione all'ipotesi di ricorso avverso la sentenza (favorevole all'esecuzione del mandato)<sup>107</sup>, sicché non opera quando l'interessato ha acconsentito alla consegna e la Corte di appello si è pronunciata con ordinanza ai sensi dell'art. 14 (art. 22, comma2).<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Sui punti: *I mezzi di impugnazione*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS - E. SELVAGGI, Torino, 2005, p. 340); M. MURONE, *La decisione sulla consegna: contenuti, dinamica e vicende*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di G. Pansini - A. Scalfati, Napoli, 2005, p. 105; D. BATTISTA-G. FRIGO, *Cautele particolari se il soggetto è minore*, in Guida dir., 2005, n. 19, p. 94; M.R. MARCHETTI, *La normativa italiana di attuazione del mandato di arresto europeo: breve cronaca di un' inadempienza annunciata*, in AA.VV., *Cittadinanza europea, accesso al lavoro e cooperazione giudiziaria*, Trieste, 2005, p. 125; A.A. SAMMARCO, *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato di arresto europeo*, cit., p. 392 ssg.

<sup>104</sup> La forma e le modalità di presentazione del ricorso - come ricorda A. BARBIERI, *Commento all'art. 221. 22 aprile 2005, n. 69*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 344 - sono quelle previste dagli artt. 581, 582 e 583 c.p.p., mancando, al riguardo, una diversa statuizione legislativa. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. fer., 9 agosto 2011, n. 31875, *M.*, in CED Cass., 250724.

<sup>105</sup> Pur non essendo legittimato a proporre impugnazione, il rappresentante dello Stato di emissione - come si evince dal disposto dell'art. 702 c.p.p.- può sicuramente partecipare al giudizio svolto dinanzi alla Corte di cassazione. A sottolinearlo, tra gli altri, sono R. DEDOLA-G. FRIGO, *La Cassazione "diventa" giudice di merito*, in Guida dir., 2005, n. 19, p. 100, e M. CERESAGASTALDO, *I mezzi di impugnazione*, cit., p. 338.

<sup>106</sup> Tale eventualità si verifica non solo quando il giudizio è definito con ordinanza -per l'intervenuto consenso dell'interessato alla consegna (art. 14, comma 5) -ma anche nel caso in cui la Corte di appello, anziché dare lettura della sentenza in udienza, provvede a depositarla successivamente, per l'impossibilità di un'immediata redazione dei motivi.

<sup>107</sup> La proposizione del ricorso non può avere l'effetto di "congelare" la revoca della misura cautelare disposta con la pronuncia contraria all'esecuzione del mandato di arresto. Giova ricordare, inoltre, che la decorrenza del termine per proporre impugnazione - in virtù del disposto di cui all'art. 39, comma 2 - non è sospesa durante il periodo feriale (cfr. Cass., 30 ottobre 2008, n. 41686, *Nicoara*, in CED Cass., 241568).

<sup>108</sup> Quanto alle difficoltà pratiche che inevitabilmente scaturiscono dalla mancata previsione dell'effetto sospensivo, laddove la Corte di cassazione dovesse riformare la pronuncia di primo grado dopo l'avvenuta esecuzione della consegna.

La Corte di cassazione decide sempre con sentenza che va deliberata entro quindici giorni dalla ricezione degli atti<sup>109</sup>, all'esito di un procedimento svolto nel rispetto delle forme di cui all'art. 127 c.p.p.<sup>110</sup>, con avviso alle parti notificato o comunicato almeno cinque giorni prima dell'udienza (art. 22, comma 3).<sup>111</sup>

La motivazione, se possibile, deve essere redatta subito dopo la decisione, altrimenti la Corte è comunque tenuta a dare lettura del dispositivo al termine della camera di consiglio per poi depositare il provvedimento in cancelleria non oltre il quinto giorno dalla pronuncia (art. 22, comma 4). Copia della sentenza è immediatamente trasmessa, anche a mezzo telefax, al Ministro della giustizia che dovrà inoltrarla, con altrettanta tempestività, all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione (art. 22, comma 5).

Quanto agli esiti del giudizio, il legislatore si limita a precisare che, nel caso di annullamento con rinvio, il giudice investito della regiudicanda deve decidere entro venti giorni dalla ricezione degli atti (art.22 comma 6)<sup>112</sup> ma è evidente che la Corte di cassazione, oltre a rigettare o dichiarare inammissibile il ricorso<sup>113</sup>, può anche riformare nel merito la

---

<sup>109</sup> Deve ritenersi che l'inosservanza del termine stabilito per la decisione non determini l'estinzione della misura coercitiva in corso di esecuzione, poiché, per un verso, l'art. 21 si riferisce espressamente alla pronuncia di primo grado e, per altro verso, laddove il legislatore avesse voluto estendere tale meccanismo al giudizio di impugnazione, avrebbe sicuramente previsto la possibilità di disporre una proroga per «cause di «forza maggiore» (art. 17, comma 2). Cfr. Cass., sez. VI, 5 luglio 2010, n. 25870, *El Moustaid*, in CED Cass., 247829).

<sup>110</sup> Il rinvio all'art. 127 c.p.p., in mancanza di un'espressa disposizione in senso contrario, attribuisce all'interessato la facoltà di essere sentito dinanzi alla Corte di cassazione. Va, tuttavia, segnalato che la giurisprudenza, ritenendo applicabili le norme previste dal codice per la disciplina del giudizio di legittimità, riconosce all'interessato il diritto di essere personalmente avvisato dell'udienza solo quando non risulta assistito da un difensore di fiducia (v. Cass., sez. fer., 13 settembre 2007, n. 35000, *Hrita*, in CED Cass., 237341).

<sup>111</sup> Si è dubitato della legittimità costituzionale della norma, sostenendo che la previsione di termini dilatori così esigui preclude al difensore la possibilità di presentare nuovi motivi di gravame ai sensi dell'art. 611 c.p.p. Nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione sollevata, la Corte di cassazione ha precisato che i motivi nuovi - applicando analogicamente il disposto dell'art. 311, comma 4, c.p.p. - possono essere anche enunciati oralmente nel corso dell'udienza (v. Cass., sez. VI, 22 novembre 2005, n. 45254, *Calabrese*, cit.).

<sup>112</sup> L'annullamento della sentenza non determina però la perdita di efficacia della misura cautelare eventualmente applicata che si verifica solo quando la Corte di appello non si pronuncia sulla consegna nei termini fissati dal legislatore (cfr. Cass. sez. VI, 30 settembre 2009, n. 38640, *Derishi*, in CED Cass., 244758; Cass., sez. VI, 7 gennaio 2008 n. 1181, *Patrascu*, cit.).

<sup>113</sup> La declaratoria di inammissibilità può anche essere determinata, ovviamente, dalla carenza di interesse ad impugnare, come nel caso di ricorso proposto dal procuratore generale per ottenere l'annullamento della decisione di rigetto della richiesta di consegna, quando la stessa, avanzata nei confronti della medesima persona, è stata già accolta da altra Corte di appello, competente *ratione loci* in conseguenza dell'arresto eseguito dalla P.G. ai sensi dell'art. 11 (così Cass., 11 dicembre 2008 n. 46297, P.G. in proc. *Capucci*, in CED Cass., 247007).

pronuncia di primo grado, in virtù delle potenzialità cognitive di cui eccezionalmente dispone.<sup>114</sup>

La verifica dei presupposti richiesti per l'esecuzione del mandato di arresto dà avvio alla procedura finalizzata ad attuare la consegna che può essere idealmente suddivisa in due fasi: la prima, di natura giurisdizionale, è volta all'adozione dei provvedimenti che stabiliscono le modalità della consegna, disponendone la sospensione, il rinvio o l'esecuzione in via temporanea (artt. 23, commi 2 e 3, e 24); la seconda, invece, è funzionale al trasferimento del ricercato nello Stato di emissione entro il termine fissato *ex lege* (art. 23; commi 1, 4 e 5).

Eseguita la consegna, da essa scaturiscono determinati effetti, individuabili, per un verso, nel divieto di trasferire la persona in altro Stato membro - o di estradarla su richiesta di un Paese terzo - senza l'assenso della Corte di appello che ha dato esecuzione al mandato e, per altro verso, nell'obbligo imposto all'autorità giudiziaria emittente di computare il periodo di custodia già subito dal ricercato - prima della consegna - ai fini della determinazione della pena da espiare a seguito dell'eventuale sentenza di condanna o per stabilire la durata massima della misura cautelare (artt. 23, comma 6, e 25). Già all'atto della decisione sul mandato di arresto, laddove ritenga meritevole di accoglimento la richiesta dello Stato di emissione, la Corte di appello può essere chiamata a stabilire se rinviare la consegna o disporre l'esecuzione in via temporanea. Ciò si verifica quando la persona ricercata, per un reato diverso da quello contestato nel mandato di arresto, è sottoposta, in Italia, a procedimento penale o vi deve scontare una pena alla quale è stata condannata con sentenza irrevocabile.

Quanto alla prima eventualità, la formulazione dell'art. 24 lascia ritenere che, ai fini del rinvio, non occorre che l'interessato abbia già acquisito lo *status* di imputato, ma è sufficiente che il suo nome risulti iscritto nel registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.), sicché possa ritenersi instaurato, in Italia, un "procedimento" a suo carico per un reato diverso da quello contestato nel mandato di arresto, non importa se commesso prima o successivamente. Il rinvio della consegna è facoltativo ma il legislatore non ha fissato alcun parametro

---

<sup>114</sup> In giurisprudenza si è precisato che, avverso la decisione della Corte non è esperibile il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625bis c.p.p.), trattandosi di rimedio incompatibile con la disciplina della procedura di consegna (v. Cass., sez. fer., 2 settembre 2008 n. 34819, *Mandaglio*, in CED Cass., 240717; Cass. Sez. II, 27 giugno 2007, *Cura*, in CED Cass., 237480).

utilizzabile dalla Corte di appello per l'esercizio del potere discrezionale che le è stato attribuito. Non va dimenticato, peraltro, che è previsto, in alternativa al rinvio, il trasferimento temporaneo della persona ricercata nello Stato di emissione. L'adozione di tale provvedimento presuppone una richiesta dell'autorità giudiziaria emittente ma la Corte di appello resta libera di determinarsi in favore del rinvio della consegna. Prima di decidere, la Corte deve acquisire il parere non vincolante dell'autorità giudiziaria italiana competente per il procedimento penale in corso o per l'esecuzione della sentenza di condanna. Laddove decida di concedere il trasferimento temporaneo del ricercato, la Corte concorda con l'autorità giudiziaria emittente le modalità e le condizioni di tale trasferimento. La scelta tra le possibili soluzioni deve necessariamente scaturire da un equo contemperamento degli interessi in gioco che può essere agevolato anche dallo scambio di informazioni tra le autorità giudiziarie interessate. A pronunciarsi in via definitiva è, però, sempre la Corte di appello che deve tener conto della rilevanza delle vicende giudiziarie, dell'eventuale stato di detenzione del ricercato nell'ambito del procedimento pendente in Italia e di altre circostanze che possono rivelarsi determinanti, come, ad esempio, la possibilità di rinviare la consegna e di ricorrere alla videoconferenza - laddove lo consentano gli accordi internazionali- per dare modo alla persona ricercata di essere sentita o, più in generale, di partecipare a distanza al procedimento penale pendente nei suoi confronti nello Stato di emissione.

Salvo i casi di rinvio, di sospensione o di trasferimento temporaneo, la consegna va effettuata - come già detto - entro dieci giorni da quello in cui la decisione è divenuta esecutiva. Quanto ai criteri di computo, vanno sicuramente osservati, in virtù del generale rinvio alle disposizioni del codice (art. 39, comma 1), quelli previsti dall'art. 172 c.p.p., con la conseguente operatività della regola che vuole il *dies a quo non computatur in termino*. Se la consegna è sospesa, rinviata o disposta in via temporanea, il presidente della Corte di appello - o il magistrato da lui delegato - deve necessariamente concordare con l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, per il tramite del Ministro della giustizia, una nuova data di consegna, dalla quale inizia a decorrere il termine di dieci giorni per l'effettivo trasferimento della persona ricercata.

Un'espressa previsione in tal senso si rinviene, però, solo nell'art. 23, comma 4<sup>115</sup>, limitatamente ai casi in cui sia cessata la causa di sospensione del termine di consegna. È, tuttavia, evidente che qualunque decisione adottata in merito alla consegna - compresa quella di rinviarla o di eseguirla in via temporanea - potrebbe determinare il differimento della stessa, con la conseguente necessità di raggiungere un accordo sulla nuova data di esecuzione, dalla quale far decorrere i dieci giorni utili per il trasferimento del ricercato nello Stato di emissione. Alla scadenza del termine fissato per la consegna, "la custodia cautelare perde efficacia e il presidente della Corte di appello, o il magistrato da lui delegato, dispone la liberazione dell'arrestato", sempre che non sia imputabile a quest'ultimo la mancata esecuzione del trasferimento (art. 23, comma 5).<sup>116</sup> All'esecuzione della consegna sono collegate due fondamentali prescrizioni poste a carico dell'autorità giudiziaria emittente: l'obbligo di computare, ai fini della determinazione della pena o della durata massima della misura cautelare, il periodo di custodia già sofferto dal ricercato prima dell'esecuzione del mandato di arresto (art. 23 comma 6) e il divieto, derogabile solo nei casi sanciti dal comma 3 dell'art.26, di sottoporre l'interessato a misure restrittive della libertà personale, per reati anteriori alla consegna, senza l'assenso della Corte di appello che ha dato esecuzione al mandato (art.26, commi 1 e 2).

Affinché sia osservata la prima prescrizione, la Corte di appello, all'atto di consegna, trasmette all'autorità giudiziaria emittente le informazioni necessarie per detrarre il periodo di custodia già sofferto dalla pena detentiva comminata con l'eventuale sentenza di condanna o dalla durata massima della custodia cautelare. Quanto al divieto riconducibile al principio di specialità, va evidenziato che la sua previsione e le relative deroghe si

---

<sup>115</sup> Si è escluso, in dottrina, che il presidente della Corte di appello possa travalicare la competenza del Ministro e concordare le modalità esecutive della consegna attraverso contatti diretti con l'autorità giudiziaria emittente. Sul punto, cfr. A. RAGOZZINO, *La consegna della persona ricercata: termini e modalità*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, cit., p. 344, nonché F.P.C. IOVINO, *Le funzioni assegnate al Ministro della giustizia quale «autorità centrale»*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, cit., p. 126 seg.

<sup>116</sup> In tal caso, come previsto dall'art. 23, comma 5, il termine di consegna è sospeso di diritto fino alla cessazione dell'impedimento. Affinché operi la sospensione, occorre, tuttavia, che l'impossibilità di eseguire la consegna sia riconducibile in via esclusiva, alla persona ricercata (v. Cass., sez. VI, 1° febbraio 2007, n. 17606, *Mabrek*, in CED Cass., 236579).

rinvengono anche nelle norme dettate dal codice di procedura penale per la disciplina della procedura di estradizione (art. 699 c.p.p.).<sup>117</sup>

Il principio di specialità ha trovato espresso riconoscimento anche nella decisione quadro sul mandato di arresto che ha previsto, tuttavia, nuove e significative eccezioni rispetto alla disciplina dettata dall'art. 14 della Convenzione europea in tema di estradizione. Quella introdotta dal legislatore comunitario è, infatti, una regola di “specialità attenuata”, ragionevolmente giustificata dalla sostanziale equivalenza dei sistemi giuridici vigenti negli Stati membri dell'Unione, che consente di limitare l'operatività del principio ai casi in cui s'impone l'esigenza di una privazione della libertà personale, così da impedire l'adozione di misure restrittive - ma non anche l'instaurazione del procedimento penale - per reati commessi anteriormente alla consegna e diversi da quelli che hanno motivato l'emissione del mandato di arresto. Ciò non esclude, ovviamente, come ha precisato la Corte di giustizia, che la persona consegnata sia sottoposta a misura restrittiva prima dell'assenso concesso dallo Stato di esecuzione, se la limitazione della libertà concretamente attuata trovi giustificazione nei reati per i quali è stato emesso il mandato di arresto.

Viceversa, per fatti commessi anteriormente alla consegna e diversi da quelli indicati nel mandato di arresto, l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione può solo adottare - ma non eseguire - provvedimenti cautelari o sentenze di condanna, la cui efficacia, fin quando opera il principio di specialità, è subordinata all'assenso dello Stato di esecuzione. Nel dare attuazione alla decisione quadro, il legislatore nazionale ha stabilito, con riferimento alla fattispecie in esame, che il principio di specialità non opera quando «il procedimento penale non consente l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale» [artt. 26, comma 2, lett. c), e 32]. L'autorità giudiziaria richiedente, quindi, sia pure al solo fine di attivare la procedura di assenso, può legittimamente emettere il titolo restrittivo costituito da una sentenza esecutiva o da un'ordinanza cautelare<sup>118</sup> funzionale alla proposizione

<sup>117</sup> La norma si riferisce all'extradizione passiva (o per l'estero) ma il principio opera anche nella procedura attiva (art. 721 c.p.p.), regolata, sotto questo profilo, in maniera perfettamente speculare rispetto alla previsione di cui all'art. 699 c.p.p.

<sup>118</sup> Prima di mutare il proprio orientamento (con la pronuncia resa da Cass., sez. VI, 23 settembre 2011, n. 39240, *Caiazzo*, cit.), la giurisprudenza di legittimità riteneva che l'ordinanza cautelare applicata in violazione del principio di specialità dovesse essere annullata, salvo, poi, rinnovarla in presenza di un “fatto nuovo”, costituito, ad esempio dalla sopravvenuta notizia della rinuncia alla garanzia da parte della persona consegnata (v. Cass., sez. VI, 22 aprile 2010, n. 17269, *Marzoli*, in Arch. nuova proc. pen., 2010, p. 733).

dell'istanza di estensione dell'originario mandato di arresto ad ulteriori reati commessi anteriormente alla consegna. Su tale richiesta, la Corte di appello si pronuncia entro trenta giorni dalla ricezione degli atti, negando l'assenso solo se rileva la sussistenza di una delle cause ostative alla consegna (art. 18).<sup>119</sup>

In definitiva, il principio di specialità non opera ove si verifichi una delle condizioni tassativamente previste, cioè quando l'interessato, con dichiarazione resa anche a seguito della consegna, rinuncia espressamente alla garanzia; lo stesso, definitivamente liberato dopo la consegna, rimane per quarantacinque giorni entro i confini dello Stato richiedente o, uscitone, vi fa ritorno senza costrizioni; il procedimento penale avviato nello Stato richiedente per reati anteriori alla consegna - anche in ragione del regime di punibilità dell'illecito perseguito - non può dare luogo ad alcuna forma di restrizione della libertà personale<sup>120</sup>; la Corte di appello che ha disposto la consegna dà il proprio assenso all'esecuzione di misure restrittive della libertà per reati diversi da quelli indicati nell'originaria richiesta.

Alla disciplina del principio di specialità è strettamente correlata la previsione dell'art. 25 della legge di attuazione che regola i casi di consegna o di estradizione successiva al trasferimento del ricercato nello Stato di emissione. Anche la *ratio* delle due disposizioni dà conto di una matrice comune alla quale è sotteso un unico intento, quello, cioè, di tutelare la persona ricercata, evitando che lo Stato richiedente, ottenuta la consegna sulla base di presupposti ineccepibili, possa, poi, far valere la propria pretesa punitiva al di là di quei presupposti o decida di affidare le sorti del ricercato ad altro Stato senza il preventivo controllo dell'autorità che ha eseguito la consegna. L'ipotesi disciplinata dall'art. 27 si verifica quando, a seguito dell'esecuzione del mandato di arresto disposta dall'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, la persona ricercata debba attraversare il nostro territorio per raggiungere lo Stato di richiedente, poiché i due Paesi interessati non hanno frontiere

---

<sup>119</sup> In relazione alla competenza funzionale della stessa Corte che si è già pronunciata sull'esecuzione del precedente mandato di arresto, cfr. M.R. MARCHETTI, *La disciplina del mandato di arresto europeo*, II, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari reali*, in *Dir. pen. e processo* 2005 p. 961.

<sup>120</sup> Il principio di specialità - come precisato dalla giurisprudenza con riferimento alla procedura attiva - opera anche in fase esecutiva, sicché va annullata l'ordinanza che dispone la revoca della sospensione condizionale della pena in relazione a condanne per reati anteriori e diversi rispetto a quelli per cui è stata concessa la consegna (v. Cass., sez. I, 2 dicembre 2010, n. 734, *M.A.*, in *CED Cass.*, 249473; Cass., sez. I, 19 ottobre 2007, *P.M.R.*, n. 40256, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3627).

comuni. Pur essendo estranea al rapporto di cooperazione, l'Italia viene interpellata, in tal caso, per autorizzare il "transito" entro i confini nazionali di chi dev'essere consegnato. A pronunciarsi in merito è il Ministro della giustizia, che «può rifiutare la richiesta» quando non ha ricevuto sufficienti informazioni sull'identità e sulla cittadinanza della persona da far transitare in Italia, sul mandato di arresto e sul reato per cui è stato emesso, con l'indicazione delle circostanze, della qualificazione giuridica, della data e del luogo di commissione del fatto [art. 27, comma 2, lett. a)]. Sebbene non sia precisato, deve ritenersi che i Paesi interessati al transito possano integrare i dati mancanti, al fine di evitare il rigetto della richiesta. Si rileva, invece, chiaramente dalla formulazione della norma la natura discrezionale del potere affidato al Ministro, che può, quindi, autorizzare il transito anche quando siano insufficienti le informazioni ricevute.

È motivo di rifiuto anche la circostanza in cui la persona da consegnare sia cittadino italiano o residente nel nostro Stato e il mandato di arresto risulti emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza limitativa della libertà personale [art. 27, comma 2, lett. b)]. Viceversa, quando la consegna è finalizzata all'esecuzione di un provvedimento cautelare, il Ministro può subordinare la concessione del transito alla condizione che la persona ricercata, dopo la sua audizione, venga reinviata in Italia per scontarvi la pena o la misura di sicurezza eventualmente comminata all'esito del giudizio svolto nello Stato di emissione (art. 27, comma 3). Pur se disciplinate diversamente, le due fattispecie sono, tuttavia, accomunate dalla stessa *ratio*, quella, cioè, di agevolare il reinserimento sociale del condannato attraverso meccanismi che gli consentano di espiare la sanzione subita nel Paese di provenienza.

## **2. La procedura attiva di consegna**

Il principio del mutuo riconoscimento - a cui si ispira la disciplina del mandato di arresto - ha imposto l'instaurazione di un rapporto immediato tra le autorità giudiziarie dei



Paesi membri dell'Unione, determinando - come già detto - il superamento delle tradizionali relazioni intergovernative sulle quali è incentrata, invece, la procedura di estradizione.<sup>121</sup>

Nell'individuare gli organi legittimati ad emettere il mandato di arresto europeo, il legislatore nazionale - in linea con quanto stabilito dalla decisione quadro - ha privilegiato la scelta di conferire tale potere agli uffici giudiziari dislocati sul territorio e direttamente interessati alla consegna della persona ricercata, piuttosto che accentrarlo - così come previsto in materia di estradizione - in capo al Ministro della giustizia.

Appare, tuttavia, improprio il riferimento alla «competenza» contenuto nella rubrica dell'art. 28 della legge di attuazione, poiché tale categoria viene comunemente utilizzata per definire le attribuzioni funzionali del giudice, mentre l'emissione del mandato di arresto è affidata anche a organi non giurisdizionali.

La legittimazione cambia in ragione della natura del provvedimento da eseguire: quando si tratta di ordinanza cautelare la formulazione della richiesta di consegna è riservata al giudice; se, invece, occorre dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile, con la quale è stata comminata una pena o una misura di sicurezza detentiva, l'emissione del mandato spetta al magistrato del pubblico ministero.

La legittimazione concorrente del giudice e del pubblico ministero rende, insomma, farraginosa la procedura di consegna, posto che, nel caso in cui l'organo dell'accusa - come spesso accade - ravvisi le condizioni per l'emissione del mandato di arresto dopo aver ottenuto l'ordinanza cautelare, è comunque costretto a rivolgersi nuovamente al giudice per l'esecuzione della misura.

Occorre, altresì, evidenziare che sulla competenza funzionale ad emettere il mandato di arresto “processuale” si registrano, tuttora, orientamenti contrastanti in giurisprudenza.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, propenso a valorizzare una lettura logico - sistematica del quadro normativo delineato dalla legge di attuazione (artt. 28, 30-39), l'emissione del mandato di arresto spetta al giudice che procede, individuato - ai sensi degli artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att. c.p.p.- in base ai criteri della progressione del procedimento penale e della disponibilità degli atti. Tale interpretazione - tenuto conto del lasso temporale

---

<sup>121</sup> Evidenziano tale aspetto, tra gli altri, E. BRUTI LIBERATI-I.J. PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, in Quest. giust., 2002, p. 74; N. GALANTINI, *Prime osservazioni sul mandato di arresto europeo*, in Foro ambr., 2002, p. 263 s.; F. SIRACUSANO, *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, p. 910 ssg.

che può intercorrere tra l'adozione della misura coercitiva e la richiesta di consegna della persona ricercata - è chiaramente volta a salvaguardare l'esigenza che l'organo emittente abbia una completa ed immediata cognizione dell'intero iter processuale, potendo così assolvere più agevolmente le incombenze connesse all'esecuzione del mandato di arresto.<sup>122</sup>

Secondo l'altro orientamento emerso in giurisprudenza che privilegia un'esegesi strettamente letterale dell'art. 28 della legge di attuazione, è sempre competente il giudice che ha applicato la misura cautelare, a prescindere dall'eventuale pendenza del procedimento innanzi a un diverso organo giurisdizionale.

Di recente, la questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni unite ma la Corte non ha risolto il contrasto, avendo ravvisato, preliminarmente, un difetto di ammissibilità del ricorso che ha precluso l'esame della *res iudicanda*.<sup>123</sup>

Tra i due indirizzi interpretativi appare comunque più convincente quello che - in ragione di un'analisi sistematica delle norme di riferimento- individua nel «giudice che procede» l'organo legittimato all'emissione del mandato di arresto. Da un lato, infatti, non può ritenersi insuperabile il dato letterale dell'art. 28 della legge di attuazione<sup>124</sup>; dall'altro, vi sono validi motivi per privilegiare una lettura della disposizione senza dubbio più rispondente ad esigenze di razionalizzazione del sistema. Nei casi in cui l'adozione del provvedimento cautelare e l'emissione del mandato di arresto intervengono in fasi o gradi diversi del procedimento penale, è oggettivamente illogico demandare la formulazione della richiesta di consegna al giudice che ha applicato la misura ma non è più funzionalmente

<sup>122</sup> Il giudice che ha la materiale disponibilità degli atti - come osservato dalla Corte di cassazione - è in grado di affrontare meglio tutte le questioni relative all'emissione del mandato di arresto e di trasmettere all'autorità richiesta, se necessario, quelle informazioni conosciute solo da chi monitora costantemente l'evoluzione del procedimento (così Cass., sez. I, 29 aprile 2008 n. 26635, confl.comp. in proc. *Ragusa*, in Foro it., 2009, n. 12, II, c. 656 ssg.).

<sup>123</sup> V. Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 30769, *A.*, in Guida dir., 2012, n. 39, p. 74 s., con commento di S. BELTRANI, *Gli eventuali vizi possono essere fatti valere nello Stato richiesto e secondo le sue regole*. Il ricorrente contestava la legittimità del mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria italiana e del provvedimento di assenso alla consegna dell'autorità straniera, ma la Corte - in linea con l'orientamento già espresso in altre pronunce - ha escluso la facoltà di impugnare entrambi i provvedimenti, mancando, al riguardo, un'espressa previsione normativa e non potendo annoverare detti provvedimenti, in ragione del loro carattere meramente strumentale e accessorio-, tra quelli che hanno un'immediata incidenza «sulla libertà personale» (artt. 111, comma 7, Cost. e 568, comma 2, c.p.p.). Da qui, la declaratoria di inammissibilità del ricorso, con ha impedito l'esame della questione di diritto sulla quale avrebbero dovuto pronunciarsi le Sezioni unite.

<sup>124</sup> Come si è sostenuto, del resto, anche nelle pronunce che hanno accolto la tesi opposta, motivando la decisione con la ritenuta insussistenza di apprezzabili addentellati di ordine sistematico idonei a giustificare il superamento del dato testuale della norma (v., in particolare, Cass., sez. I, 26 marzo 2009, n. 15200, confl. comp. in proc. *Lauricella*, cit.).

competente a pronunciarsi sulla *res giudicanda*<sup>125</sup>, poiché tale eventualità, sebbene l'atto da compiere sia a contenuto vincolato, comunque determina un inutile ritardo nell'attivazione della procedura di cooperazione giudiziaria. Va, altresì, considerato che gli adempimenti connessi all'emissione del mandato di arresto possono anche esigere un approfondito esame del carteggio processuale, in conseguenza, ad esempio, della richiesta di informazioni integrative formulata dall'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione<sup>126</sup>. Né si può ignorare l'eventualità che il mandato di arresto, all'atto della sua emissione, non coincida *in toto* con la misura originariamente applicata, in ragione dell'evoluzione dell'iter processuale, della tendenziale fluidità dell'ipotesi accusatoria e delle intervenute modifiche dell'impianto probatorio. Tali argomenti inducono indubbiamente a preferire l'attribuzione della competenza funzionale al giudice che, avendo la disponibilità degli atti, possa provvedere alla richiesta di consegna sulla base di una piena e immediata cognizione delle vicende del procedimento in corso. D'altra parte, l'interpretazione in senso rigorosamente letterale dell'art. 28 della legge di attuazione risulterebbe ancora più incongrua nelle ipotesi in cui, successivamente all'applicazione della misura cautelare, venga disposta la rimessione del processo a norma dell'art. 48 c.p.p. o la trasmissione degli atti ex art. 54, comma 1, c.p.p. al pubblico ministero presso il giudice territorialmente competente, atteso che, per l'emissione del mandato di arresto, occorrerebbe compulsare l'ufficio giudiziario originariamente investito del procedimento<sup>127</sup>.

Per quanto concerne, invece, il mandato di arresto finalizzato all'esecuzione di una pena detentiva, la legittimazione del pubblico ministero segue i criteri stabiliti dall'art. 665 c.p.p., prescindendo, quindi, dall'esercizio delle funzioni presso il giudice che ha emesso il

---

<sup>125</sup> Non versa in tale condizione il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata con ricorso per cassazione, poiché tale giudice, anche a seguito della trasmissione degli atti alla Corte di legittimità, resta funzionalmente competente ad adottare tutti i provvedimenti in materia cautelare (art. 91 disp. att. c.p.p.).

<sup>126</sup> All'autorità emittente sono richieste, talvolta, specie in relazione a quanto previsto dagli artt. 29, commi 2 e 3, e 30, della legge di attuazione, valutazioni di particolare delicatezza e urgenza, che sarebbe opportuno rimettere ad un giudice in grado di governare pienamente la fase processuale in corso e di calibrarne sia la dinamica che i possibili esiti, a seconda della consistenza e della qualità delle integrazioni sollecitate dallo Stato di esecuzione.

<sup>127</sup> In entrambi i casi, mancando il presupposto per l'operatività della previsione di cui all'art. 27 c.p.p., poiché la trasmissione degli atti ad altro ufficio giudiziario non deriva da una declaratoria di «incompetenza» (v. Cass., sez. III, 2 dicembre 2009, n. 49419, *U.*, in CED Cass., 245600, nonché Cass., sez. VI, 7 dicembre 1994, n. 1402, *Cerciello*, in Arch. nuova proc. pen., 1995, p. 620), il giudice assegnatario del procedimento non è tenuto a rinnovare l'ordinanza applicativa della misura cautelare e, pertanto, non è legittimato - secondo l'interpretazione letterale dell'art. 28 della legge di attuazione - all'emissione del mandato di arresto.

provvedimento da eseguire. In altri termini, la richiesta di consegna relativa ad una sentenza di condanna non compete necessariamente al pubblico ministero presso il giudice che ha pronunciato tale sentenza ma all'organo preposto alla sua esecuzione, il quale -nei casi in cui il provvedimento subisca modifiche rilevanti nei giudizi di impugnazione oppure vi siano più titoli esecutivi- ben può appartenere ad un diverso ufficio giudiziario.<sup>128</sup>

Se deve essere eseguita, infine una misura di sicurezza personale di natura detentiva, legittimato all'emissione del mandato di arresto - in forza di quanto stabilito dall'art. 658 c.p.p. - è il pubblico ministero presso il magistrato di sorveglianza preposto all'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 679 c.p.p., quando vi è sentenza irrevocabile, oppure quello presso il giudice competente in materia cautelare (artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att. c.p.p.), nel caso di applicazione provvisoria della misura in pendenza del procedimento penale (art. 312 c.p.p.).<sup>129</sup>

Lo Stato italiano - avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 7 della decisione quadro<sup>130</sup> - ha individuato nel Ministro della giustizia l'autorità centrale per l'assistenza agli organi giudiziari nell'attività di cooperazione internazionale. Occorre, innanzitutto, precisare che l'esercizio delle funzioni ministeriali, formalmente attribuite all'organo di vertice, è stato delegato - con norme regolamentari emesse in forza della disposizione di cui all'art. 4, comma 2, lett. b), D.P.R. 6 marzo 2001, n. 55<sup>131</sup> - alla Direzione generale della giustizia penale. Profondamente ridimensionato rispetto alla disciplina dell'extradizione, il ruolo

<sup>128</sup> La legittimazione ad attivare la procedura di consegna spetta, in definitiva, al pubblico ministero che ha emesso l'ordine di carcerazione, il quale trasmette il mandato di arresto al Ministro della giustizia se non vi sono i presupposti per disporre, ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p., la sospensione dell'esecuzione. Sul punto, per i riferimenti alle circolari adottate da alcuni uffici di procura, anche in materia di estradizione, al fine di uniformare le prassi applicative, v. G. IUZZOLINO-N. PLASTINA, *Il mandato di arresto europeo: rassegna di giurisprudenza 2005-2009*, in Foro it., 2009, n. 12, II, c. 652; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, cit.pag.187 e ssg.

<sup>129</sup> È chiaro l'intento del legislatore di fare ricorso per l'individuazione dell'organo deputato a formulare la richiesta di consegna agli stessi criteri dettati dal codice di rito per l'esecuzione dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale (come opportunamente osservato anche da G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., p. 110 e G.DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, cit.pag.188). Bisognava, però, adottare con coerenza tale soluzione, attribuendo al pubblico ministero- come si è già avuto modo di rilevare anche la facoltà di emettere il mandato di arresto finalizzato all'esecuzione delle misure cautelari.

<sup>130</sup> La facoltà di prevedere, se necessario, l'intervento dell'autorità centrale - così come stabilito dall'art. 7, par. 2, della decisione quadro- è stata, tuttavia, esercitata da un numero limitato di Stati membri dell'Unione, tra cui la Repubblica Federale di Germania, il Regno Unito e la Danimarca.

<sup>131</sup> Al riguardo, cfr. G. IUZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo: la procedura attiva*, cit., p. 553; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, cit.pag.189 e s.; F. SIRACUSANO, *Il procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo: dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis - E. Selvaggi, Torino, 2005, p. 394 ssg.

dell'autorità politica nella procedura attiva si esaurisce con la traduzione del mandato di arresto nella lingua dello Stato richiesto<sup>132</sup> e la conseguente trasmissione dello stesso all'autorità competente per la sua esecuzione (art. 28, comma 2). L'intervento dell'autorità centrale è, peraltro, escluso quando, in forza di accordi internazionali ed a condizione di reciprocità, sia consentita la corrispondenza diretta tra le autorità giudiziarie interessate (art. 4, par. 4, della decisione quadro).

In tal caso, l'organo richiedente si limita ad informare il Ministro della giustizia dell'avvenuta emissione del mandato di arresto, provvedendo alla sua traduzione nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione. Laddove, poi, sia dubbia l'individuazione dell'autorità competente a pronunciarsi sulla consegna, il giudice o il pubblico ministero - così come previsto dall'art. 10, par. 1, della decisione quadro - possono effettuare le necessarie ricerche attraverso i punti di contatto della rete giudiziaria europea.<sup>133</sup>

Per la trasmissione del mandato non sono richiesti particolari requisiti di forma, in quanto l'art. 10, par. 4, della decisione quadro consente l'adozione di "qualsiasi mezzo sicuro in grado di produrre una registrazione scritta", sempre che, ovviamente, le autorità dello Stato di esecuzione siano poste in condizione di verificare l'autenticità e la provenienza del provvedimento.<sup>134 135</sup>

L'assenza di rigorose prescrizioni formali è stata ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui non occorre neppure che venga trasmesso l'originale del mandato di arresto o una sua copia autenticata<sup>136</sup>. L'assunto appare, in realtà, solo parzialmente in linea con la *ratio* della decisione quadro che, sebbene improntata al ripudio di inutili formalismi,

---

<sup>132</sup> La decisione quadro impone la traduzione del mandato di arresto nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato richiesto (art. 8, par. 2). È previsto, tuttavia, che ogni Stato membro - all'atto del recepimento della decisione quadro oppure successivamente - possa attestare, in una dichiarazione depositata presso il Segretariato generale del Consiglio, l'assenso ad accettare anche una traduzione in una o più lingue ufficiali delle istituzioni delle Comunità europee.

<sup>133</sup> Si tratta di un organismo comunitario- istituito con Azione comune del 29 giugno 1998, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione, L-191, del 7 luglio 1998, p. 4 che si articola in punti di contatto volti ad assicurare lo scambio di atti e informazioni tra gli Stati membri dell'Unione.

<sup>134</sup> Il Ministro è tenuto, inoltre, ad informare immediatamente dell'avvenuta emissione del mandato di arresto anche il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia (a sostenerlo, in mancanza di un'espressa previsione normativa, sono E. CALVANESE- G. DE AMICIS, *Il nodo delle condanne in contumacia*, in Guida dir., 2005, n. 19, p. 108).

<sup>135</sup> In tal senso, M. R. MARCHETTI, *La disciplina del mandato di arresto europeo*, II, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari reali*, in Dir. pen. e processo, 2005, p. 961.

<sup>136</sup> Così Cass., sez. VI, 8 maggio 2006, n. 16542, *Cusini*, in Cass. pen., 2006, p. 3145.

non sembra tollerare limitazioni alla verifica dell'autenticità del mandato di arresto da parte delle autorità dello Stato richiesto.

Il legislatore comunitario ha chiarito, peraltro, che, qualora dovessero insorgere questioni in ordine alla trasmissione o all'autenticità di un documento necessario per la decisione sulla consegna, la loro soluzione spetta, in ultima analisi, alle autorità centrali degli Stati membri (art. 10, par. 5, della decisione quadro). Anche se pretermesso dal contatto diretto tra l'autorità giudiziaria emittente e quella preposta a dare esecuzione al mandato, il Ministro sarebbe comunque autorizzato, quindi, ad intervenire per la soluzione di problemi di natura meramente amministrativa che dovessero emergere nel corso della procedura di consegna.

In ogni caso, al di là dei compiti connessi alla trasmissione del mandato di arresto, le funzioni ministeriali assumono particolare rilievo soprattutto ove si tratti di assicurare adeguato supporto, sotto il profilo operativo e informativo, agli uffici giudiziari interessati.<sup>137</sup>

Del tutto peculiare appare, infine, il ruolo riservato al Ministro dall'art. 31 della legge di attuazione, che gli impone di comunicare tempestivamente allo Stato di esecuzione, dopo averne ricevuta notizia dal procuratore generale presso la Corte di appello, l'eventuale sussistenza di una causa di inefficacia del mandato di arresto. Il legislatore, indicando tassativamente i presupposti per l'emissione del mandato di arresto, ha chiaramente inteso circoscrivere il ricorso a tale strumento di cooperazione giudiziaria entro i limiti dell'effettiva necessità. L'analisi delle condizioni richieste per attivare la procedura di consegna va necessariamente condotta sulla scorta della distinzione tra il mandato di arresto "processuale" e quello "esecutivo" che soggiacciono a regole profondamente diverse.

Il mandato di arresto "processuale" implica l'emissione, a carico della persona ricercata, di un'ordinanza applicativa della misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari. I presupposti richiesti per l'esercizio del potere cautelare - cioè i limiti edittali di pena, i gravi indizi di colpevolezza e l'utilità della misura (artt. 273, 278 e 280

---

<sup>137</sup> Tale supporto può sostanziarsi nelle attività volte ad «individuare l'autorità dello Stato membro di esecuzione competente a ricevere il mandato di arresto, a tenere contatti diretti (telefonici o telematici) con il giudice o il p.m. "di emissione", a operare una "mediazione" tra l'autorità giudiziaria italiana e l'autorità dello Stato membro di esecuzione, in vista della consegna della persona (ad esempio, per stabilirne modalità e tempi)» cfr. G. IUZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo: la procedura attiva*, cit., p. 555; G.DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, cit. pag. 191.

c.p.p.)<sup>138</sup> - inevitabilmente si traducono in requisiti di legittimità del mandato di arresto, sicché il venir meno di tali presupposti, oltre a determinare la revoca del provvedimento restrittivo, ex art. 299 c.p.p., comporta anche l'automatica caducazione del mandato, ai sensi dell'art. 31 della legge di attuazione.

Quanto al mandato "esecutivo", il legislatore subordina la sua emissione alla ricorrenza di due presupposti: l'uno di natura "quantitativa", riferito all'entità della pena detentiva inflitta, che non deve essere di durata inferiore ad un anno; l'altro, invece, di tipo "qualitativo", perché correlato alla verifica dell'effettiva possibilità di dare esecuzione alla sanzione comminata in sentenza. È evidente che il primo presupposto vale ad escludere l'emissione del mandato di arresto per fatti connotati, in via presuntiva, da scarsa gravità<sup>139</sup>, anche se il generico riferimento alla «pena detentiva» consente, almeno in astratto, l'attivazione della procedura di consegna anche per condanne relative ad illeciti di natura contravvenzionale.<sup>140</sup>

La seconda condizione richiesta per l'emissione del mandato di arresto tende, invece, ad evitare l'attivazione di una procedura complessa e onerosa per la consegna di un soggetto che, potendo accedere ai benefici concessi in fase esecutiva, non dovrà comunque scontare la pena detentiva comminata dal giudice della cognizione.

Ragioni di opportunità sconsigliano, insomma, il ricorso al mandato di arresto in relazione a pene detentive per le quali deve essere disposta la sospensione dell'esecuzione, ex art. 656 c.p.p., in vista della possibile concessione di misure alternative alla detenzione.

---

<sup>138</sup> Per la distinzione tra «presupposti», ovvero i limiti normativi al di sotto dei quali non è consentito l'esercizio del potere cautelare, e «condizioni», intese come esigenze da tutelare nel caso concreto, v. A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 254 ssg.

<sup>139</sup> Il legislatore italiano ha elevato il limite minimo fissato dall'art. 2 della decisione quadro, pari a quattro mesi, ritenendo privi di particolare rilevanza anche fatti puniti più severamente, ma con pene detentive di durata comunque inferiore ad un anno. Sul punto, cfr. L. PICOTTI, *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina della legge italiana di attuazione*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, cit., p. 127 s.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, p. 339; G.DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino. In tal senso sembra orientata anche la più recente giurisprudenza di legittimità.

<sup>140</sup> Viceversa, quando la richiesta di consegna è finalizzata all'esecuzione di una misura cautelare, l'attivazione della procedura è consentita solo per delitti sanzionati con pena edittale massima superiore a tre anni di reclusione (o non inferiore a quattro anni se è applicata la custodia in carcere), salvo le deroghe previste dagli artt. 280, comma 3, e 391, comma 5, c.p.p. Laddove, invece, occorre eseguire una misura di sicurezza detentiva, la cui applicazione è subordinata alla sola verifica della pericolosità sociale del destinatario del provvedimento (art. 202 c.p.), l'area di operatività del mandato di arresto non è limitata da parametri oggettivi di gravità del reato stabiliti in ragione del trattamento sanzionatorio previsto *ex lege*.

Presupposto comune ad entrambe le ipotesi di emissione del mandato di arresto - a fini “processuali” o “esecutivi” - è la verifica della presenza dell’imputato o del condannato nel territorio di altro Stato membro dell’Unione europea. Tale presupposto si realizza - secondo il disposto dell’art. 29, comma 1, della legge di attuazione - quando “risulta” che la persona ricercata sia residente, domiciliata o dimorante all’estero, sicché non bastano meri sospetti, ma occorre aver acquisito elementi concreti che dimostrano la circostanza.<sup>141 142</sup>

Qualora sia ignoto il luogo della residenza, del domicilio o della dimora, ma appare “possibile”<sup>143</sup> - sulla scorta dei dati in possesso dell’autorità emittente - che il destinatario del provvedimento restrittivo si trovi al di fuori dei confini nazionali, va disposto l’inserimento di una specifica segnalazione nel Sistema informativo Schengen (S.I.S.), che equivale al mandato di arresto se corredata delle prescritte informazioni (art. 29, comma 2, della legge di attuazione). Va considerata, infine, l’eventualità che la persona ricercata benefici di un’immunità o di altro privilegio riconosciuti da uno Stato diverso da quello di esecuzione oppure da un organismo internazionale. In tal caso, l’autorità giudiziaria funzionalmente competente ad emettere il mandato di arresto deve provvedere alla richiesta di revoca del privilegio o di esclusione dell’immunità (art. 29, comma 3, della legge di attuazione)<sup>144</sup>. Da ciò si evince che la cessazione del beneficio funge da presupposto di operatività del mandato di arresto, pur permanendo il dubbio sulle concrete modalità di applicazione della norma, poiché il suo tenore letterale non lascia chiaramente intendere se la revoca o l’esclusione debba essere sollecitata (e concessa) prima dell’emissione del mandato - come appare preferibile<sup>145</sup> - oppure l’organo legittimato possa attivarsi anche in un momento successivo rispetto alla trasmissione della richiesta di consegna.

<sup>141</sup> Dello stesso avviso è G. IUZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo: la procedura attiva*, cit., p. 537.

<sup>142</sup> Tali elementi - come osservato da G. DE AMICIS, G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d’arresto europeo*, cit. p. 121 - possono essere desunti, ad esempio, da una specifica segnalazione di polizia attestante la presenza all’estero del ricercato o da qualunque altra fonte probatoria che dimostri l’instaurazione di rapporti parentali o professionali al di fuori del territorio italiano oppure la partecipazione ad attività criminose di carattere transnazionale.

<sup>143</sup> Secondo la circolare emessa il 16 novembre 2005 dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte di appello di Firenze (riportata in AA.VV., *Mandato d’arresto europeo. Dall’extradizione alle procedure di consegna*, cit., p. 653), il termine va comunque interpretato nel senso che l’autorità giudiziaria deve disporre di «elementi oggettivi che inducano a ritenere la possibilità non come mera ipotesi».

<sup>144</sup> Laddove, invece, il beneficio sia stato concesso nello Stato di esecuzione sono i suoi organi - e non l’autorità giudiziaria emittente - a doversi attivare per la revoca dello stesso.

<sup>145</sup> È sufficiente osservare, al riguardo, che nel caso di inserimento della segnalazione nel S.I.S. senza la preventiva revoca del beneficio, la polizia giudiziaria dovrebbe procedere all’arresto di un soggetto coperto da tutela, anche perché, verosimilmente, non sarebbe a conoscenza dell’immunità riconosciuta al



L'accertata ricorrenza dei presupposti non implica, di per sé, la richiesta di consegna del ricercato, in quanto è necessario che questa non contrasti con i criteri di ragionevolezza e proporzionalità posti a fondamento dell'azione comune degli Stati membri dell'Unione.

L'emissione del mandato di arresto innesca, infatti, una complessa attività di cooperazione internazionale tra organi di polizia e autorità giudiziarie, determinando, peraltro, anche l'eventualità di un lungo periodo di detenzione patito all'estero dalla persona ricercata.

L'autorità procedente è tenuta a verificare, pertanto, l'effettiva necessità della richiesta di consegna - ovvero l'*an debeatur* del mandato di arresto - all'esito di un giudizio ampiamente discrezionale e, per taluni aspetti, fondato su valutazioni analoghe a quelle sottese all'adozione di atti politici o di alta amministrazione.

Si è evidenziato, del resto, che la mancata emissione del mandato non si risolve in una forma di impunità concessa alla persona ricercata, poiché il provvedimento restrittivo resta valido ed è comunque suscettibile di esecuzione all'interno dei confini del territorio nazionale<sup>146</sup>.

L'esigenza di attivare la procedura di consegna non può che essere apprezzata, in primo luogo, sulla base dei dati processuali di cui dispone l'autorità emittente, valorizzando, in particolare, la gravità del reato, l'entità della pena inflitta, la durata della misura cautelare applicata e la scadenza dei suoi termini di fase<sup>147</sup>. In definitiva, la determinazione assunta dal giudice o dal pubblico ministero in ordine all'emissione del mandato di arresto rischia di travalicare i confini del potere giudiziario, configurandosi come attività connotata da una marcata discrezionalità politica.

La decisione quadro predetermina puntualmente contenuto e forma del mandato di arresto, stabilendo che lo stesso - tradotto nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione - debba riportare le informazioni relative all'identità e alla

---

ricercato da uno Stato diverso da quello di esecuzione o da un organismo internazionale. Sul punto, cfr. C. CUOCO, *Disciplina della procedura attiva di consegna*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, a cura di G. Pansini-A. Scalfati, Napoli, 2005, p. 208.

<sup>146</sup> In tal senso, v. la circolare emessa, il 15 novembre 2005, dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte di appello di Roma, pubblicata in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, cit., p. 646.

<sup>147</sup> Così A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 342.

cittadinanza della persona ricercata<sup>148</sup>, all'autorità giudiziaria emittente, al provvedimento da eseguire, alla natura, alla qualificazione giuridica e alle circostanze del reato per cui si procede, alla pena concretamente inflitta oppure ai limiti edittali e alle altre conseguenze previste dalla norma incriminatrice (art. 8)<sup>149</sup>. Non basta, inoltre, una descrizione sommaria; ma occorre che l'indicazione di tutti i requisiti appena elencati avvenga in conformità al modello allegato alla decisione quadro. Le autorità richieste sono tenute, quindi, unicamente a una verifica di carattere formale sulla completezza delle informazioni necessarie per dare attuazione al mandato di arresto<sup>150</sup>.

A tal fine, l'art. 5 par. 1 della decisione quadro impone alle autorità dello Stato richiedente di integrare il contenuto del mandato di arresto laddove risulti carente di dati indispensabili all'accertamento dell'insussistenza di condizioni ostative alla consegna stessa. L'attivazione della procedura di consegna avviene mediante emissione del mandato di arresto solo quando sia noto il luogo in cui si trova la persona ricercata.

Viceversa, qualora non si conosca o sia incerto il luogo di rifugio del destinatario del mandato di arresto oppure vi è il rischio che questi possa trasferirsi in altro Stato membro dell'Unione o addirittura rendersi irreperibile, l'autorità emittente è tenuta a disporre, in via preliminare, le ricerche della persona di cui intende chiedere la consegna<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> La prima informazione vale ad individuare il ricercato, mentre la seconda è funzionale alla decisione demandata all'autorità richiesta, atteso che, nel caso in cui il destinatario del provvedimento restrittivo sia cittadino dello Stato di esecuzione, la consegna potrebbe essere legittimamente rifiutata o subordinata al successivo rientro dell'interessato, affinché sconti nel proprio Paese la pena eventualmente irrogata.

<sup>149</sup> Si richiede che vengano indicati il nome, l'indirizzo, il numero di telefono e di fax, nonché il recapito di posta elettronica del giudice o del pubblico ministero emittente, al fine di consentire contatti diretti tra gli organi giudiziari, sicuramente più celeri ed efficaci rispetto a quelli mediati dalle autorità centrali.

<sup>150</sup> Risponde a tale esigenza la previsione normativa di cui all'art.30 della legge di attuazione che prescrive il contenuto del mandato di arresto emesso nell'ambito della procedura attiva ricalcando l'art.8 della decisione quadro omologa.

<sup>151</sup> Ecco perché l'avvio delle ricerche si rivela utile anche nel caso in cui sia certa la localizzazione dell'interessato, potendo, questi, comunque allontanarsi prima dell'esecuzione del mandato di arresto. Del resto, come dimostrano i dati statistici, tale soluzione è la più utilizzata, in quanto assicura una maggiore celerità ed efficacia dell'azione volta ad ottenere la consegna della persona ricercata. Va, altresì, segnalato che da tempo la dottrina ha suggerito l'opportunità di attivare gli strumenti di cooperazione internazionale per la cattura di soggetti ricercati a fini di giustizia anche nell'ipotesi di localizzazione "qualificata", vale a dire quando il destinatario del provvedimento restrittivo, ad esempio, risulti detenuto per altra causa in uno Stato membro, non potendosi escludere l'eventualità di una sua liberazione e di un successivo allontanamento da quello Stato (v. G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., p. 116).

A tal fine, come - previsto dall'art. 29, comma 2, della legge di attuazione<sup>152</sup>, giudice e pubblico ministero possono inserire la segnalazione nominativa del ricercato - corredata di tutte le informazioni richieste dall'art. 8, par. 1, della decisione quadro - nella banca dati comune agli Stati aderenti alla Convenzione di Schengen (S.I.S.)<sup>153</sup>. La piena equipollenza, sotto il profilo contenutistico, della segnalazione nel S.I. S. al mandato di arresto equipara, a tutti gli effetti, la prima al secondo, così come espressamente stabilito dall'art. 9, par. 3, della decisione quadro.<sup>154</sup>

La segnalazione nel S.I.S. produce effetti, naturalmente, solo nei confronti degli Stati membri dell'Unione che abbiano aderito alla Convenzione di Schengen<sup>155</sup>, mentre, per estendere le ricerche anche in Paesi estranei alla Convenzione, è il Ministro della giustizia a doversi attivare mediante una specifica segnalazione all'Interpol.

L'iniziativa - che è equiparata, anche nella procedura estradizione, ad una richiesta di arresto provvisorio (ai sensi dell'art. 720, comma 5, c.p.p.) - consente alle forze di polizia dello Stato ove si trova il ricercato di sottoporlo a misura pre-cautelare, alla quale può conseguire, sussistendone i presupposti, la trasmissione del mandato per ottenere l'esecuzione della consegna.<sup>156</sup>

Finale menzione, per mera utilità inserita a conclusione del paragrafo dedicato alla procedura attiva di consegna, meritano le eventuali misure cautelari reali che possono essere

---

<sup>152</sup> La disposizione richiama l'art. 95 della Convenzione del 19 giugno 1990 (resa esecutiva in Italia dalla legge 30 settembre 1993, n. 388), con la quale si è data attuazione all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, relativo alla graduale eliminazione dei controlli alle frontiere comuni. In virtù di tale rinvio normativa, la segnalazione nel S.I.S. deve ritenersi equivalente ad una richiesta di arresto provvisorio del ricercato.

<sup>153</sup> Per dare avvio alle ricerche, l'autorità giudiziaria richiedente deve provvedere alla compilazione di appositi formulari, che vengono, poi, immessi nella banca dati comune dai servizi di polizia della divisione nazionale S.I.R.E.N.E., come previsto dalla circolare ministeriale n. 1-1489/05/U del 24 giugno 2005.

<sup>154</sup> Tale equiparazione dovrebbe essere garantita, di regola, dal fatto che i formulari da compilare per l'inserimento della segnalazione nel S.I.S. contengono tutti i dati richiesti dall'art. 30 della legge di attuazione ai fini dell'emissione del mandato di arresto.

<sup>155</sup> Vi sono, tuttavia, alcuni Stati che, pur non facendo parte del sistema Schengen, hanno chiesto di avvalersene limitatamente ad alcuni aspetti, come la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, la lotta comune contro il narcotraffico e il S.I.S. Le richieste formulate in tal senso da Regno Unito e Irlanda sono state accolte, rispettivamente, il 29 maggio 2000 e il 28 febbraio 2002, con decisioni del Consiglio votate all'unanimità. Altri Stati, invece, come la Norvegia e l'Islanda, aderiscono al cosiddetto "acquis di Schengen" (costituito dall'Accordo e dalla successiva Convenzione), ma non fanno parte dell'Unione europea, e tale discrasia - come evidenziato in dottrina - potrebbe creare qualche difficoltà sul piano applicativo (cfr. C. CUOCO, *Disciplina della procedura attiva di consegna*, cit., p. 208).

<sup>156</sup> Sarà sufficiente inviare all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione il formulario utilizzato per la segnalazione nel S.I.S., laddove questa contenga tutte le informazioni indicate nell'art. 30 della legge di attuazione e, pertanto, sia equiparabile al mandato di arresto.

adottate in seno al nuovo istituto di cooperazione giudiziaria e che occupano un capo apposito della legge di recepimento italiana.

Infatti, l'emissione del mandato di arresto costituisce il presupposto per formulare all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione un'ulteriore richiesta di consegna, relativa ai beni oggetto di un eventuale provvedimento di sequestro o di confisca.<sup>157</sup> Al mandato di arresto "esecutivo" accede necessariamente una richiesta di consegna di beni oggetto di confisca, mentre risulta molto meno agevole l'esatta individuazione di ciò che è consentito chiedere in forza dell'emissione di un mandato di arresto di natura processuale. La richiesta di consegna - così come previsto dall'art. 29 della decisione quadro - è finalizzata ad ottenere i beni «necessari come prova» oppure quelli «acquisiti dal ricercato a seguito del reato», sicché deve ritenersi che l'istanza possa sicuramente attingere cose suscettibili di sequestro probatorio o preventivo, mentre sembra esclusa la consegna per finalità conservative, volta, cioè, a garantire l'adempimento degli obblighi risarcitori nei confronti della parte civile o il pagamento delle spese di giustizia.<sup>158</sup>

È opportuno rimarcare che la richiesta di consegna di beni può essere formulata esclusivamente in forza di un provvedimento di sequestro già emesso dal "giudice competente" (art. 34). Sebbene il legislatore non abbia operato distinzioni tra le diverse forme di apposizione del vincolo reale, non è agevole stabilire - in base alla formulazione della norma - se la consegna possa essere richiesta anche sulla scorta di un sequestro

---

<sup>157</sup> La cooperazione giudiziaria finalizzata all'esecuzione di misure reali non costituisce, tuttavia, una novità introdotta dalla decisione quadro sul mandato di arresto poiché tracce di una disciplina della consegna dei beni analoga a quella in esame si ravvisano già nella Convenzione europea in materia di estradizione del 1957, dalla quale, peraltro, l'atto normativo dell'Unione europea del 2002 sembra aver mutuato alcuni significativi aspetti. Il tema è stato ripreso, poi, dalla Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria del 20 aprile 1959 (ratificata con la l. 23 febbraio 1961, n. 215) e dalla Convenzione in materia di riciclaggio, sequestro e confisca dei proventi di reato dell'8 novembre 1990 (ratificata con la l. 9 agosto 1993, n. 328). Va segnalata, inoltre l'adozione-successivamente all'introduzione del mandato di arresto - di ulteriori atti di impulso volti ad incentivare la cooperazione giudiziaria in questo specifico settore, come, ad esempio, la decisione quadro 2003/577 /GAI, del 22 luglio 2003 (pubblicata nella G.U.C.E., n. L-196, del 2 agosto 2003, p. 45 s.), contenente norme relative all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, e la decisione quadro 2008/978/GAI, del 18 dicembre 2008 (pubblicata nella G.U.C.E., n. L-350, del 30 dicembre 2008, p. 72 s.), che disciplinano il mandato europeo diretto all'acquisizione di oggetti, dati e documenti da utilizzare nei procedimenti penali (entrambe le direttive appena richiamate non hanno, però, ancora trovato attuazione nell'ordinamento interno). Per l'approfondimento del tema, v. E. ANDOLINA, *Misure reali e spazio giudiziario europeo*, in Dir. comm. internaz., 2009, n. 4, p. 853 ssg.

<sup>158</sup> In senso contrario, v. R.M. AVOLA FARACI, V.M. ROSSINI, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, a cura di M. Chiavario-G. De Francesco-D. Manzione-E. Marzaduri, Torino, 2006, p. 467.

probatorio disposto dal pubblico ministero. La tesi favorevole all'attivazione della procedura di consegna anche per l'esecuzione di provvedimenti emessi dall'organo inquirente appare senza dubbio più coerente sotto il profilo sistematico, atteso che l'art. 727 c.p.p. riconosce espressamente al titolare delle indagini il potere di ricorrere alla rogatoria per attività di acquisizione probatoria, tra le quali è sicuramente annoverabile il sequestro di beni strumentali all'accertamento del reato. Il carattere accessorio della richiesta di consegna reale - non proponibile autonomamente rispetto alla richiesta di consegna della persona ricercata - obbliga l'autorità procedente a verificare se, all'atto dell'emissione del mandato di arresto, sussista la necessità di disporre il sequestro, stante l'impossibilità di ottenere l'acquisizione dei beni in momenti successivi. La richiesta va formulata - anziché dagli organi a cui spetta l'emissione del mandato di arresto - dal procuratore generale presso la Corte di appello nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria che ha disposto il sequestro.

L'opzione in favore del pubblico ministero distrettuale - oltre ad apparire in contrasto con le linee guida della disciplina della procedura attiva - rischia di creare serie difficoltà in sede applicativa, non essendo previsto alcun raccordo tra le autorità legittimate, rispettivamente, all'emissione del mandato di arresto e alla richiesta di consegna reale. L'autorità interessata all'acquisizione dei beni che, per fini istituzionali, non può non individuarsi nel pubblico ministero, deve, quindi, sollecitare l'adozione del vincolo reale al giudice competente, per poi compulsare il procuratore generale del distretto di appartenenza affinché formuli la richiesta di consegna ex art. 34 della legge di attuazione. Il pubblico ministero, peraltro, se il vincolo reale è stato disposto da un giudice diverso da quello che ha adottato la misura cautelare personale, è tenuto ad informare quest'ultimo dell'emissione del provvedimento di sequestro, così da consentire la simultanea esecuzione del mandato di arresto e della consegna dei beni. Va, altresì, segnalato che il procuratore generale - a differenza di quanto previsto per l'emissione del mandato di arresto - deve trasmettere all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, unitamente alla richiesta, anche copia del provvedimento di sequestro o di confisca che giustifica la consegna dei beni. Il legislatore ha completamente ommesso di disciplinare le condizioni di utilizzabilità, a fini probatori, dei beni sottoposti a sequestro nello Stato di esecuzione e sembra oggettivamente difficile colmare la lacuna attraverso l'applicazione in via analogica delle disposizioni di cui all'art. 729 c.p.p., che la giurisprudenza considera "norme speciali" e, quindi, non estensibili al di fuori del

loro specifico ambito di operatività, cioè quello delle rogatorie all'estero. Si deve ritenere, pertanto, che i beni ricevuti in consegna dall'autorità giudiziaria italiana sono soggetti - in mancanza di una diversa regolamentazione normativa - ai soli limiti di utilizzabilità dei mezzi di prova documentali previsti dal codice di rito. Il provvedimento impositivo della cautela reale da eseguire all'estero può essere ovviamente impugnato o revocato secondo le disposizioni vigenti nell'ordinamento interno (artt. 257, 262, 321, commi 3 e 3 - ter, 322, 322 - bis, 323 e 325 c.p.p.). Da ciò consegue che, nelle ipotesi di annullamento, di revoca o di intervenuta inefficacia del sequestro, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione non è più tenuta a dare corso alla richiesta di consegna, essendo venuto meno il presupposto basilare di tale richiesta. Un problema potrebbe sorgere nei casi in cui la cessazione del vincolo reale sia successiva alla consegna dei beni, poiché manca una disposizione che obblighi l'autorità emittente alla restituzione di quanto ricevuto, salvo che lo Stato di esecuzione non abbia espressamente subordinato l'accoglimento della richiesta ad un'apposita condizione risolutiva. Secondo la previsione dell'art. 29, par. 2, della decisione quadro, i beni sono consegnati anche se il mandato di arresto non può essere eseguito a causa del decesso o della fuga del ricercato. Si tratta chiaramente di una norma eccezionale, che stabilisce delle deroghe al rapporto di stretta interdipendenza esistente tra la consegna reale e quella personale. Al di fuori delle richiamate ipotesi, quindi, la richiesta dei beni conserva la sua natura meramente accessoria e segue la sorte del mandato di arresto nel senso che va rigettata tutte le volte in cui non si può dar esecuzione alla consegna della persona ricercata.<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino; per ulteriori approfondimenti: A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, p. 365 e ssg.

## CAPITOLO IV

### **L'attuazione del Mandato di Arresto Europeo negli altri Stati membri dell'Unione Europea**

Secondo l'art. 34 par. 1 della decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, gli Stati membri avrebbero dovuto adottare misure necessarie per conformarsi alle disposizioni in essa contenute entro il termine del 31 dicembre 2003 e trasmettere al Segretariato generale del Consiglio ed alla Commissione europea il testo delle normative inerenti il recepimento interno degli obblighi dalla stessa. Alla data del 1 gennaio 2004, tuttavia, solo sei Stati membri avevano adottato le rispettive legislazioni (Belgio, Danimarca, Spagna, Portogallo, Svezia e Regno Unito); altri sette Stati hanno provveduto entro il 30 giugno 2004 (Francia, Irlanda, Lussemburgo, Olanda, Austria, Finlandia e Lituania), mentre altri dieci hanno provveduto a completare le procedure di attuazione entro il dicembre 2004 (Germania, Grecia, Estonia, Cipro, Lettonia, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia). Nei primi mesi del 2005, infine, anche la Repubblica Ceca e l'Italia hanno adottato le disposizioni di recepimento nei rispettivi ordinamenti.

Si sono, in tal modo, verificate le condizioni per la realizzazione dell'obiettivo della definitiva sostituzione della procedura estradizionale con il nuovo meccanismo basato sulla trasmissione del mandato d'arresto europeo tra le autorità giudiziarie degli Stati membri.

La nuova procedura di consegna delle persone ricercate costituisce, come già detto, la prima "concretizzazione" del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, caratterizzata dai seguenti elementi identificativi:

- a) giurisdizionalizzazione del meccanismo di consegna, connotato da un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie interessate e dall'esclusione di ogni intervento da parte del potere esecutivo;
- b) drastica riduzione dei motivi di rifiuto dell'esecuzione con indicazione tassativa degli stessi e sostanziale scomparsa del controllo sulla doppia incriminazione per quanto attiene un catalogo di trentadue fattispecie di reato individuate nell'art. 2 par.2 della decisione quadro;

- c) maggiore snellezza e rapidità della procedura, in virtù della predeterminazione e della sensibile restrizione dei termini di consegna.

La Commissione europea, con un rapporto del 23 febbraio 2005, ha già proceduto, ex art. 34 par. 3 decisione quadro, ad una prima valutazione sullo stato dell'attuazione del nuovo strumento normativo nelle diverse legislazioni degli Stati membri.<sup>160</sup> L'esito della valutazione preliminare sull'impatto della nuova procedura di consegna nei diversi sistemi europei si è rivelato sostanzialmente positivo, riservandosi peraltro la Commissione la facoltà di presentare in seguito proposte di modifica della decisione quadro sulla base dell'applicazione pratica della disciplina nei diversi Stati membri. A fini meramente illustrativi verranno di seguito descritte, seppur in maniera sommaria, le caratteristiche delle leggi di attuazione di alcun degli Stati membri dell'UE.<sup>161</sup>

Nel Regno Unito l'*Extradition Bil*<sup>162</sup> del 2003, con il quale è stata recepita la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo è stato accompagnato da una accesa discussione sulla possibilità che con il mandato d'arresto cittadini britannici possano essere consegnati per dei reati pensati ("*thought crime*").

L'individuazione tra i 32 crimini non soggetti alla doppia incriminazione dei reati di xenofobia e razzismo costituiva ab origine la nota dolente nel recepimento della nuova normativa europea proprio per il fatto che sarebbero diventati perseguibili reati che, come nel caso della xenofobia, del razzismo, della frode o della truffa, non rappresentavano specifiche fattispecie di reato nel Regno Unito.

Nell'esame della decisione quadro e della realtà dei Paesi membri, il dubbio fondamentale è stato quello di una diminuzione delle garanzie e, dunque, la necessità di veder implementare a livello europeo i principi minimi di salvaguardia dei diritti degli indagati, vale a dire la presunzione di innocenza, il diritto ad una difesa e alla rappresentanza in giudizio, regole di trasparenza per la custodia cautelare. È interessante sotto questo punto di vista e a giustificazione dei timori sollevati la lettura del ruolo dei giudici popolari previsti dai sistemi di Francia, Italia e altri Paesi continentali che fanno parte della giuria ma in realtà

<sup>160</sup> Le legislazioni adottate nell'ambito dei diversi Stati membri sono consultabili sul seguente sito: [www.ue.eu.int/cms3\\_Applications/applications/PolJu/details.asp?lang=EN&cmsid=545&id=66](http://www.ue.eu.int/cms3_Applications/applications/PolJu/details.asp?lang=EN&cmsid=545&id=66).

<sup>161</sup> V. P.BALBO, *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana. Commento delle decisioni quadro europee 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, Torino, 2005, cit. pag. 104 e ssg.

<sup>162</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents>.



non hanno un controllo sovrano indipendente del verdetto (deciso in camera di consiglio e non pubblicamente). L'Irlanda ha approvato la legge di recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo con il *Bill entitled an Act to give effect to Council framework decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States; To amend the Extradition Act 1965 and certain enactments; and to provide for matters connected therewith, o European Arrest Warrant Bill 2003*.<sup>163</sup> Nella Parte I si individua quale autorità centrale il ministro che può designare le persone, anche in numero superiore all'unità, che riterrà idonee a svolgere le funzioni di autorità centrale secondo modalità specificate nel decreto di incarico, comunicando al Segretario Generale del Consiglio dell'Unione europea dell'avvenuto conferimento di incarico e i nominativi prescelti e fatta salva sempre la facoltà di modifiche o revoche con le stesse modalità.

Il legislatore francese ha molto semplicemente modificato l'articolo della sua Costituzione introducendo, in applicazione del trattato costitutivo dell'Unione europea, la decisione quadro n. 2002/584/GAI con il *Décret simple du Président de la République du 27 février 2003 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès*.<sup>164</sup>

In Spagna il legislatore ha introdotto due modifiche alla legge del 1985 sul potere giudiziario (artt. 65, n. 4 e 88) stabilendo con la *Ley orgànica 2/2003*<sup>165</sup> che nel procedimento passivo per il mandato d'arresto europeo la competenza venga attribuita alla *Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*. Nell'impianto della legge di recepimento della decisione quadro, all'art.2, sono identificate quali autorità giudiziarie di emissione competenti ad emettere un mandato d'arresto europeo, il giudice o il tribunale che conosce della causa sul quale si instaura quel tipo di richiesta. Sono individuate come autorità giudiziarie di esecuzione competenti per dare compimento al mandato d'arresto europeo i giudici centrali di istruzione (*Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*) (art. 2). In particolare è previsto che, ove l'organo che riceve il mandato d'arresto europeo non sia competente a darvi corso, lo trasmetta all'ufficio dell'*Audiencia Nacional* informandone, al tempo stesso, l'autorità emittente. Spetta inoltre all'organo centrale di istruzione informare il

---

<sup>163</sup> <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2003/act/45/enacted/en/html>.

<sup>164</sup> *Loi Constitutionnelle* n. 2003-276, <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/normativa/file/legge-costituzionalefrancese.html>.

<sup>165</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo2-2003.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo2-2003.html).

Ministro della giustizia, nel minor tempo possibile, della ricezione dei mandati di arresto rimessigli per la loro esecuzione.

In Portogallo, l'impianto della legge con la quale viene approvato ed adottato il regime legale relativo al mandato d'arresto europeo, nel rispetto dell'art. 161(c) della Costituzione portoghese, è, di fatto, il medesimo della decisione quadro.<sup>166</sup>

La legge belga di recepimento<sup>167</sup> della decisione quadro si compone di 44 articoli e dall'annesso nella cui tabella sono stabilite le forme per inoltrare la richiesta. Il paragrafo 5 dell'art. 2 richiama l'obbligo da parte dell'autorità giudiziaria belga di indirizzare il mandato d'arresto europeo all'autorità competente di un altro Stato membro tradotto nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato membro di esecuzione ovvero delle istituzioni delle Comunità europee che quello stesso Stato membro accetta in virtù di una dichiarazione fatta al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea. È invece prevista (par. 6, art. 2) la traduzione in olandese, francese o tedesco della richiesta inoltrata alle autorità belghe. Sulle procedure di esecuzione si sofferma la sezione seconda, la cui sottosezione 2, art. 11 in combinato con la sottosezione 4, articoli da 14 a 16, detta le regole in merito all'operato del giudice istruttore. Nelle 24 ore successive all'arresto, la persona compare davanti al giudice di istruzione che lo informa dell'esistenza e del contenuto del mandato d'arresto europeo; della possibilità che gli è offerta di consentire alla consegna all'autorità emittente la richiesta; del diritto di scegliere un legale e un interprete. Nel processo verbale viene fatta menzione di questa informativa. Successivamente lo stesso giudice procede all'audizione della persona per valutare la sua detenzione eventuale e di conseguenza decidere la messa in/continuazione della detenzione stessa sulla base del mandato d'arresto europeo, tenuto conto anche delle circostanze di fatto menzionate nella richiesta e dal ricercato. È poi in potere del giudice d'istruzione (par. 4, art. 11), d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero o istanza del soggetto, lasciare in libertà il ricercato con l'imposizione di una serie di prescrizioni, fino al momento della decisione definitiva sulla richiesta di consegna. Le misure che potrà stabilire il giudice di istruzione devono essere di natura tale da garantire che la persona non commetta nuovi reati, non si sottragga all'azione della giustizia, non possa far sparire delle prove o entrare in collusione con terzi (dunque i

---

<sup>166</sup> Legge n. 65/2003 del 23 Agosto 2003, <https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/portogallo.pdf>.

<sup>167</sup> Gazzetta ufficiale belga (*Moniteur belge*) n. 442 del 22 dicembre 2003.

presupposti tipici della custodia cautelare). Sempre d'ufficio o su richiesta del procuratore del Re, il giudice d'istruzione nel corso della procedura può imporre una o più condizioni nuove, così come modificare o prolungare, in tutto o in parte, quelle già imposte e, ancora, dispensare dall'osservazione di tutte o di alcune delle prescrizioni. Il mancato rispetto delle prescrizioni comporta la facoltà del giudice di istruzione di procedere ad un mandato d'arresto facendo scattare la custodia cautelare ai sensi della legge belga del 20 luglio 1990. È altresì previsto che possa essere stabilito il pagamento integrale e anticipato di una cauzione a titolo preventivo, della quale sarà il giudice di istruzione a fissare l'entità e il cui versamento rende possibile al pubblico ministero di procedere all'ordine di scarcerazione (par. 5, art. 11).

Nei confronti della decisione di non esecuzione della consegna, il pubblico ministero ha facoltà di proporre appello alla *Chambre des mises en accusation* entro 24 ore dal giorno della decisione quadro n. 2002/584/GAI (art. 14). La *Chambre des mises en accusation* decide entro quindici giorni verificando la sussistenza di tutti i presupposti e i requisiti di legge in materia di mandato d'arresto europeo comunicando entro 24 ore prima dell'udienza luogo, giorno e ora della comparizione alla persona interessata e al suo avvocato sia mediante notifica, sia mediante registrazione su un registro apposito (art. 16).

Sul piano formale il legislatore lussemburghese ha ripreso in maniera puntuale la decisione quadro n. 2002/584/GAI.<sup>168</sup> Si segnala il riferimento all'età (sedici anni) al di sotto della quale è fatto divieto di consegnare una persona (art. 4, n. 3). Giudice d'istruzione e pubblico ministero sono i soggetti cui la legge demanda, quali autorità giudiziarie competenti, lo svolgimento delle procedure per la consegna di un ricercato. Nel caso della procedura attiva per il mandato d'arresto europeo il giudice d'istruzione che ritenga che la persona ricercata al Lussemburgo si trovi sul territorio di un altro Stato membro, emette un mandato d'arresto europeo nelle forme previste per legge (art. 26, comma 1). È il procuratore generale dello Stato membro ad emettere un mandato d'arresto europeo nei confronti di una persona ricercata ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza e che si trovi sul territorio di un altro Stato membro (art. 26, comma 2). La trasmissione del mandato d'arresto europeo può essere effettuata con il sistema d'informazione di Schengen, tramite Interpol, ovvero con qualunque altro mezzo che sia

---

<sup>168</sup> Legge n. 39 del 17 marzo 2004.

scritto al fine di consentire allo Stato membro di esecuzione di verificarne l'autenticità (art. 27, n. 2).

Nel momento dell'approvazione della legge di recepimento della decisione quadro n. 2002/584/GAI avvenuta il 17 marzo 2004, il legislatore ha inserito un paragrafo molto interessante, il n. 4, all'art. 10 complessivamente dedicato al consenso o alla rinuncia alla consegna da parte del ricercato, nel quale si precisa che il consenso equivale ad una decisione di esecuzione del mandato d'arresto europeo dato il quale non occorre altre formalità per l'attuazione della consegna. Nel suddetto comma si sottolinea come queste disposizioni non siano applicabili nelle relazioni con il Regno dei Paesi Bassi e del Belgio regolate dall'art. 19 del trattato Benelux sull'extradizione e aiuto reciproco giudiziario in materia penale del 27 giugno 1962.

Fra i Paesi del Nord Europa l'Estonia ha inserito nel suo codice di procedura penale <sup>169</sup> le procedure previste per il mandato d'arresto europeo, consistente nella richiesta sottomessa da una competente autorità di uno Stato membro dell'Unione europea ad un altro Stato membro per la detenzione, arresto e consegna (*surrender*) di una persona al fine di continuare un procedimento penale o dare esecuzione ad una condanna alla reclusione pronunciata dal tribunale presso il quale si è tenuto il processo.

Fra gli elementi che vengono introdotti vi è il rifiuto di consegna nel caso in cui la persona nei cui confronti è inoltrata la domanda abbia meno di quattordici anni. Può essere negato il consenso alla consegna, oltre alle ipotesi già previste dalla decisione quadro n. 2002/584/GAI, qualora non siano state messe a disposizione le informazioni aggiuntive nel termine stabilito dal tribunale nel corso del procedimento per emettere la sentenza definitiva di concessione della consegna (§§ 492, comma 2, n. 6 e 502). Quanto alle autorità competenti all'esecuzione del mandato d'arresto europeo sono individuate (§ 498) il *Tallin City Court* se una persona viene arrestata a Tallinn, in Harju, Rapla, Lääne, Hiiu, Saare o nella regione di Pärnu; la *Tartu City Court* in caso di arresto in Jõgeva, Viljandi, Tartu, Põlva, Võru o nella regione di Valga. Quale autorità centrale per la cooperazione nella procedura di consegna è il Ministro della giustizia. L'appello contro la decisione della corte competente per la decisione quadro n. 2002/584/GAI è rivolto nel caso della *Tallin City Court* al *Tallin Circuit Court* e del *Tartu County Court* alla *Tartu Circuit Court*.

---

<sup>169</sup> Codice di Procedura Penale Estone, §§ 490-508 (Sez. 8).

Il ruolo del Ministro della giustizia si evidenzia in modo particolare nel caso della procedura attiva nei confronti di uno degli Stati membri di esecuzione in quanto ha la competenza a sottoporre un mandato d'arresto europeo per la sua esecuzione al giudizio della corte competente.

L'atto 22<sup>170</sup> con cui viene introdotto nel sistema procedurale svedese la decisione quadro n. 2002/584/GAI si apre con una nota di considerevole peso e cioè che l'atto non è applicabile ad uno Stato membro nei cui confronti l'Unione europea abbia deciso di sospendere l'applicazione della decisione quadro (Capitolo 1, Sezione 1). Si tratta di un esplicito recepimento immediatamente esecutivo, qualora si configurasse l'ipotesi suddetta, di una norma di principio ad oggi solo formalmente vigente ma mai resa operativa. L'intero testo normativo si articola in otto capitoli strutturati in sezioni. Si evidenzia per la sua particolarità la sezione 6 del secondo capitolo ove viene fissato il principio in base al quale, qualora la persona per la quale si richieda la consegna ai fini di una sentenza custodiale o una ordinanza detentiva sia di nazionalità svedese, tale consegna non può essere concessa nel momento in cui il ricercato chieda che la sanzione sia scontata in Svezia. Se poi, al momento dell'atto, si provi che il ricercato abbia avuto residenza stabile nello Stato membro per almeno due anni, lo stesso criterio si applica solo se, avuto riguardo alle circostanze personali della persona o ad altre ragioni, sussistano particolari motivi perché l'esecuzione abbia luogo in Svezia. Quanto alle autorità competenti la norma prevede che il mandato d'arresto europeo sia indirizzato direttamente al competente procuratore o, se non conosciuto, al procuratore generale che si farà carico di trasmetterlo ai procuratori competenti (cap. 4, sez. 1). Una sezione apposita viene dedicata all'applicazione dell'atto relativo al mandato d'arresto europeo nei casi in cui siano coinvolte Danimarca e Finlandia (cap. 4, sez. 4) durante la fase della ricerca della persona della quale si intenda procedere alla consegna (cap. 4, sez. 3). Si precisa infatti che un procuratore, nell'ipotesi in cui abbia avviato una indagine per stabilire se la consegna di un ricercato presente in Svezia sul quale ricade un mandato d'arresto europeo sia eseguibile e questo sia stato inoltrato da un'autorità giudiziaria danese o finlandese, ha la facoltà di applicare a richiesta dell'autorità emittente, anziché l'atto relativo al mandato d'arresto europeo, l'Atto (1959:254) sull'extradizione degli autori di reato vigente tra gli Stati della Danimarca, Finlandia, Islanda e Norvegia. In tale

---

<sup>170</sup> Legge 18 dicembre 2003, n. 1156,

caso il mandato d'arresto europeo viene interpretato come una richiesta di estradizione a tutti gli effetti.

Non è tuttavia possibile dare attuazione a questa modalità nell'ipotesi che il procuratore abbia portato il caso di fronte al *City* o *District Court*.

Nel 2004 anche la Repubblica di Cipro ha approvato la legge federale sul mandato d'arresto europeo.<sup>171</sup> L'autorità giudiziaria richiedente viene identificata nella Suprema Corte di Cipro (Parte II, capo 8) e il mandato d'arresto europeo può essere inoltrato per atti passibili di punizione secondo le legge federale della Repubblica Unita di Cipro o ad una legge che stabilisca un limite minimo di pena quale quelli indicati nella decisione quadro n. 2002/584/GAI (Parte II, capo 9). Spetta alla Corte indirizzare la richiesta alla competente autorità giudiziaria di esecuzione se è noto il luogo ove si trovi il ricercato, in caso contrario essa stessa avvierà le indagini necessarie sia attraverso il Sistema informativo di Schengen che tramite il sistema giudiziario europeo (Parte II, capo 10, nn. da 1 a 3).

In ultimo, la posizione della Norvegia appare molto particolare nel contesto dell'Unione europea. Se infatti il mandato d'arresto europeo d'arresto rappresenta un obbligo per gli Stati membri, così non è per questo Stato che non vi è compreso ma che, tuttavia, è inserito nel circuito Schengen attraverso l'adesione al *Convention Implementing The Schengen Agreement* (SIC) del 14 giugno 1985. Far parte dello spazio Schengen è stato inteso in via di principio dalla Norvegia come un vincolo ineludibile per la presa d'atto del mandato d'arresto europeo specie in relazione agli artt. 54 e 55 della CCSA e, pertanto, una naturale estensione della originaria convenzione. Premesso che la Convenzione europea di estradizione del 1957 è stata trasposta nell'*Extradition Act* norvegese n. 39 del 13 giugno 1975, è un dato di fatto che l'introduzione del mandato d'arresto europeo con i due protocolli e le convenzioni sul terrorismo hanno comportato la sostituzione di alcuni provvedimenti (art. 31 della decisione quadro n. 2002/584/GAI) a proposito del SIC. Contemporaneamente è stata prevista la facoltà dei Paesi facenti parte dell'Unione Nordica, di decidere se mantenere il principio dell'extradizione nei rapporti reciproci ovvero il mandato d'arresto europeo e questo rappresenterebbe una possibile esclusione da parte della Norvegia. All'interno della valutazione dei singoli punti della decisione quadro n.

---

<sup>171</sup> Legge n. 133 (I) 2004 in G.U. del 30 aprile 2004 n.3850 allegato 1 (I) come modif. a far data dal 28 luglio 2006 su decisione della Corte Suprema del 7 novembre 2005.

2002/584/GAI rispetto all'*Extradition Act* norvegese, interessa soffermarsi sull'approccio al problema del reato politico. La *Section 5* dell'*Extradition Act* norvegese distingue il reato politico per il quale non si ammette l'estradizione e il reato che comprende anche un atto illegale non di natura politica e rispetto al quale, quindi, si applica la procedura. Nel raffronto tra la Convenzione del 1957 e il mandato d'arresto europeo si interpone il reato di terrorismo. In simile difficile valutazione la Norvegia ha assunto una posizione di revisione e riclassificazione del proprio concetto di reato politico non potendo ignorare da un lato i contenuti delle convenzioni relative alla lotta al terrorismo e dall'altro una tradizione all'insegna della salvaguardia nei confronti di quanti agiscono per un motivo politico, chiedendosi se il diffondersi del terrorismo da solo sia sufficiente al ritiro della protezione da tutte le categorie di reati politici, come prevede la decisione quadro n. 2002/584/GAI. Stante così le cose, la Norvegia può considerare il mandato d'arresto europeo quale naturale estensione del SIC adottando tale decisione quadro, oppure partire da una diversa premessa e arrivare a negoziare le riserve che opereranno nei rapporti reciproci futuri per l'estradizione tra Unione e europea e Norvegia o addirittura non adottare affatto la decisione quadro n. 2002/584/GAI.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> OJEU L. 292 del 21 ottobre 2006.

## CAPITOLO V

**La tutela dei diritti fondamentali nella disciplina del Mandato di Arresto Europeo  
e le garanzie riconosciute alla persona ricercata**

La già citata Relazione della Commissione europea dell'aprile 2011 ha evidenziato, sulla base di dati statistici, i successi operativi del mandato di arresto europeo ma, allo stesso tempo, ha messo in luce i suoi punti critici, in particolare per ciò che riguarda il rispetto dei diritti fondamentali.

La tematica in questione, dunque, ricopre una grande importanza visto e considerato l'ambito di riferimento, ovvero una procedura semplificata di cooperazione giudiziaria interstatale avente ad oggetto l'arresto e la consegna di persone imputate o condannate. Da subito è emerso il pericolo, derivante da un simile strumento di cooperazione, di compressioni dei diritti fondamentali in nome di ragioni di pretesa efficienza.<sup>173</sup> Tale considerazione appare suffragata dalla constatazione della debolezza dell'apparato di garanzie predisposto dalla decisione quadro e dalla necessità di una maggiore armonizzazione dei sistemi penali e processuali dei vari Stati membri prima dell'introduzione del nuovo istituto come, seppur non in maniera esaustiva, delineato nel capitolo precedente.

Si riscontrano, difatti, profili di ambiguità relativi al piano delle garanzie riconosciute al ricercato, derivanti dalla convinzione che il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni si fondi esclusivamente su di una "reciproca fiducia" tra Stati membri.

Tale fiducia, erroneamente, è stata tratta dal fatto che tutti avessero recepito i principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La summenzionata condizione avrebbe lasciato intendere un livello di protezione dei diritti fondamentali alquanto omogeneo all'interno dell'UE, senza necessità di particolari accorgimenti nell'atto in questione. In realtà, la "reciproca fiducia" rimane un obiettivo ancora lontano: eterogenei

---

<sup>173</sup> L. PULITO, *La destituzionalizzazione delle garanzie nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 891-92; E. FORTEZZA *La tutela dei diritti fondamentali nella disciplina del mandato d'arresto europeo tra ordinamento interno e comunitario*, Pisa, 2013.



sistemi processuali e diversa tutela offerta ai sopra menzionati diritti, ne sono le principali cause.

In tale contesto, dove forte è l'esigenza di una cooperazione efficiente tra Stati al fine di reprimere il crimine transnazionale, non si possono perdere di vista i diritti e le garanzie delle persone. Proprio per questi motivi, il futuro traguardo da raggiungere dovrà essere quello di "un avvicinamento dei sistemi processuali attraverso l'individuazione di garanzie fondamentali, che devono essere alla base di qualsiasi accordo e che devono essere allineate a quelle previste nei sistemi più garantisti".<sup>174</sup>

Questo modello riflette la scelta da parte degli Stati membri di mantenere una forte presa sulle leve del sistema penale<sup>175</sup>, ostacolando il tentativo della Commissione UE di costruire un ordine giuridico europeo, pur limitato ad un numero ristretto di fattispecie criminose, (con norme ed ipotesi criminose unificate)<sup>176</sup> e ha prodotto nel testo della decisione quadro 2002/584/GAI significative lacune quanto alle istanze individuali del ricercato sotto due profili: quello dell'iter che conduce all'arresto e alla consegna e quello attinente alla possibile violazione dei diritti della persona oggetto di un provvedimento di arresto UE.<sup>177</sup> In ordine al primo aspetto, va sottolineato che, nonostante i molteplici richiami contenuti nel preambolo ai diritti del singolo, manca nella parte dispositiva dell'atto una specificazione delle garanzie di "equo processo" individualizzanti la procedura per eseguire il "titolo" comune; da qui, il timore di una "generalizzazione" dei diritti di colui che viene sottoposto a limitazioni della libertà personale. Il fatto che l'Unione si fondi sul riconoscimento delle libertà fondamentali (art. 6 par. 1 TUE) e che consideri quali principi comunitari i valori della Convenzione europea del 1950 e delle tradizioni costituzionali degli Stati membri (art. 6 par. 2 TUE) non costituisce garanzia del rispetto dei medesimi<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> L. PULITO, *La destatualizzazione delle garanzie nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 897.

<sup>175</sup> In generale, sulla tematica, v. G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 5 s.

<sup>176</sup> L'idea della Commissione UE è quella di sviluppare un sistema comune per perseguire determinate fattispecie criminose, come descritto nel Corpus Juris 2000 [sul quale cfr. M. DELMAS MARTY - J.A.E. VERVAELE (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States, Intersentia*, Antwerpen/Groningen/Oxford, 2000, p. 62 s.] o nel Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea (COM [2001] 715 def., 11 dicembre 2001).

<sup>177</sup> Per le basi giuridiche della decisione quadro cfr. i contributi di L. SALAZAR e di E. BARBE.

<sup>178</sup> Il principio, emerso nell'ambito del Consiglio di Tampere che si è svolto nell'ottobre 1999 (cfr. le relative conclusioni in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ssg.) ha trovato pieno riconoscimento nel nuovo Trattato costituzionale europeo, adottato il 18 giugno 2004 e firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dai Capi di Stato e di Governo dei Paesi UE, all'art. III-257.3 (oltre che all'art. III-270.1) ove è previsto insieme al criterio del

La stessa reciproca fiducia tra i diversi sistemi UE, via preferita dal Consiglio europeo sin dal vertice di Tampere per conseguire i propri obiettivi nel quadro della cooperazione giudiziaria, non costituisce un argomento risolutivo.

Il problema non è solo quello del testo che disciplina il nuovo ordine di consegna, ma di molte altre decisioni UE<sup>179</sup>, in cui il punto debole non sono tanto le norme definite, quanto la mancanza di una prospettiva difensionale che si traduca in una specificità di previsioni comuni.

Un primo passo potrebbe essere rappresentato dalla connessione dell'UE, in quanto tale, al sistema giudiziario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)<sup>180</sup>; tale prospettiva favorirebbe il rispetto di quei principi appartenenti al patrimonio delle «tradizioni costituzionali comuni» di cui alla Convenzione in parola e alla Carta proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e ora inclusa nel Trattato che adotta una costituzione per l'Europa<sup>181</sup>. Ogni individuo deve essere, infatti, sicuro di beneficiare nell'ambito del territorio europeo, di taluni diritti fondamentali e di sapere che se autorità statali trasgrediscono tali diritti, ogni Paese membro appronta opportune garanzie giurisdizionali, sottoposte a loro volta al controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché in

---

ravvicinamento delle legislazioni penali. In verità, quest'ultimo principio è collocato in posizione subordinata rispetto alla via del mutuo riconoscimento. Cfr., al riguardo, G. DEAMICIS-G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in Cass. pen., 2004, p. 3073 ssg. In ordine ai lavori per la nuova Costituzione europea, v. F. DE LEO, *La Convenzione sul futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in Dir. pen. proc., 2003, p. 377 ssg. In generale, sull'opera di razionalizzazione dei trattati effettuata dal testo costituzionale europeo, G. BRONZINI, *L'Unione in mezzo al guado: l'accordo sulla Costituzione europea*, in Quest. giust., 2004, p. 1070 s. L'entrata in vigore del Trattato, prevista nel 2007 (cfr. Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 giugno 2005, 10255/05), è, comunque, condizionata alle 25 ratifiche nazionali. L'Italia ha proceduto a recepire il nuovo trattato costituzionale europeo con legge 7 aprile 2005, n. 57, recante «Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004».

<sup>179</sup> Complementare alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo è quella 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (In G.U.U.E., 2 agosto 2003, L 196), la cui attuazione avrebbe dovuto avvenire entro il 2 agosto 2005 (art.14). Cfr., altresì, più recentemente, la Proposta di decisione quadro del Consiglio relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare a fini probatori nei procedimenti penali (COM [2003]688 def.), presentata dalla Commissione il 14 novembre 2003, nonché la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (In G.U.U.E., 15 marzo 2005, L 68) e la decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (In G.U.U.E., 22 marzo 2005, L 76).

<sup>180</sup> Cfr., in particolare, l'art. 1-9 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

<sup>181</sup> Preme notare come sia nel considerando n.12 sia nell'art. 1 par. 3 decisione quadro, sia stato omesso qualsiasi riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, comunque, è richiamata dall'art. 6 del Trattato UE e dalla Carta stessa.

talune ipotesi degli organi di giustizia di Lussemburgo.<sup>182</sup> Il rinvio della Carta nel Trattato e l'adesione al testo CEDU impegnano comunque l'Unione e le sue istituzioni a garantire che in tutti i settori di sua competenza le garanzie fondamentali siano non solo rispettate ma anche attivamente promosse<sup>183</sup>.

Il tema delle garanzie dell'imputato, prospettiva fondante un modello di processo penale comune, non ha avuto adeguata visibilità nel testo base europeo, a livello sia procedurale, sia sostanziale. Il provvedimento è ricco di formule<sup>184</sup> ma, quanto alle istanze personali, esso si caratterizza, come accennato, per un approccio minimalista. Sebbene valga per i giudici nazionali, il dovere di osservare, tanto nella fase di emissione quanto in quella di esecuzione dell'ordine, i valori sanciti nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali, mancano nell'atto enunciati volti a modellare su quegli stessi valori la procedura per eseguire il mandato<sup>185</sup>. I diritti soggettivi sono, infatti, ridotti all'essenziale<sup>186</sup>. L'art. 11 decisione quadro prevede solo la garanzia generica per l'arrestato ad essere informato del contenuto del provvedimento e della possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità

<sup>182</sup> Cfr. A. CASSESE, *Il recepimento da parte italiana*, cit., p. 1566.

<sup>183</sup> Quanto al mandato di arresto europeo, tale vincolo avrebbe imposto di colmare quel divario esistente fra i diversi sistemi in ordine ai presupposti e ai criteri per la carcerazione preventiva, punto debole dello stesso sistema di garanzie predisposto dalla disciplina quadro.

<sup>184</sup> Cfr. i richiami contenuti nel preambolo ai diritti del ricercato: in particolare, il considerando n. 12 (che fa salvo anche il principio di non discriminazione) e l'art. 1 par. 3 decisione quadro (che ribadisce il disposto del dodicesimo considerando). Sempre nell'ottica della tutela dei diritti fondamentali della persona rileva poi il tredicesimo considerando, il quale stabilisce che «nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorché sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumani o degradanti».

<sup>185</sup> Sui profili di incompatibilità della decisione quadro con l'ordinamento italiano, qui non affrontati, v. V. CAIANIELLO - G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro*, cit., p. 463 ssg.; G. VASSALLI, *Ecco perché è incostituzionale il mandato di cattura europeo*, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 4 giugno 2002; ID., *Mandato d'arresto e principio d'uguaglianza*, in *Il giusto processo*, 2002 (3), p. 129. Si noti, peraltro, che le modifiche apportate al testo originario (C 4246, Kessler ed altri), da parte della Commissione giustizia della Camera in prima lettura, sono state tutte dettate dall'esigenza di accogliere le condizioni poste dalla Commissione affari costituzionali, sotto il profilo della costituzionalità, e dalla Commissione bilancio, per quanto attiene alle questioni di carattere finanziario. Nel parere espresso il 29 ottobre 2003, la I Commissione aveva, infatti, evidenziato diversi punti di contrasto della proposta di legge n. 4246 con i principi costituzionali; il parere favorevole era stato quindi condizionato al fatto che tale proposta di legge venisse puntualmente modificata alla luce dei principi che sovrintendono alla gerarchia e al rapporto tra le fonti. È opportuno ricordare che la I Commissione ha ritenuto che l'attuazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo non richiedesse necessariamente, come invece è avvenuto in Francia, una specifica modifica costituzionale. Cfr. Atti Camera, XIV leg., Assemblea, seduta 19 aprile 2004, n. 452, p. 11, ove, peraltro, l'on. Pecorella sottolinea che mai si potrebbe incidere «in termini restrittivi sui diritti fondamentali o inviolabili riconosciuti dalla nostra Costituzione, quali ad esempio quelli previsti dagli articoli 13 e 24, atteso che tali diritti sarebbero esclusi addirittura da ogni forma di revisione costituzionale di carattere restrittivo».

<sup>186</sup> Cfr. M. PEDRAZZI, *Considerazioni introduttive*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 4 ssg.; I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, p. 147 ssg.

giudiziaria emittente, nonché il diritto all'assistenza legale e di un interprete. L'art. 14 si limita poi a stabilire la regola dell'ascolto da parte dell'organo giudiziario procedente, qualora il soggetto non presti il proprio consenso alla consegna.

L'idea è stata quella di fare affidamento sull'applicazione delle regole previste nell'ordinamento del Paese *ad quem*. Depone in tal senso il dettato dell'art. 11 decisione quadro che enuclea il diritto alla conoscenza del titolo UE (nonché all'assistenza di un avvocato e di un interprete), “in conformità con il diritto interno dello Stato membro di esecuzione”. L'art. 14 decisione quadro contiene, poi, analoga formula di rinvio.<sup>187</sup> Se tale scelta riflette la circostanza che alle misure coercitive cui viene sottoposta la persona ricercata si applica la legge del Paese *ad quem*, suscita qualche perplessità l'aver omesso linee guida in ordine alle garanzie connesse alla privazione della libertà e, in particolare, ai principi dell'equo processo.

La decisione quadro avrebbe dovuto dettare al riguardo norme precise, soprattutto alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale delle corti europee. Molteplici sono, viceversa, le lacune: manca nel testo il riferimento ad alcuni diritti quali, ad esempio, il diritto della persona arrestata a preparare la difesa<sup>188</sup> e il diritto di appellarsi ad un tribunale al fine di opporsi al provvedimento.

Non viene, inoltre, specificato il contenuto di alcune garanzie pur menzionate. Si tace, ad esempio, sulle modalità e sull'ampiezza delle informazioni in ordine al mandato e non vi è una definizione di processo in *absentia*. Peraltro, deve ritenersi che la persona oggetto del provvedimento abbia diritto ad essere informata anche in forma scritta: gli elementi conoscitivi dovranno, poi, essere forniti nella lingua (o nelle lingue) dello Stato richiesto, nonché di quello richiedente, così come nella lingua dell'interessato e, se ciò non dovesse essere possibile entro i tempi necessari, nelle lingue ufficiali dell'Unione europea. Quanto al contenuto dell'informativa sarebbe stato opportuno far riferimento, nel dettaglio, ai dati qualificanti il mandato stesso, ovvero: a) la tipologia del reato; b) i diritti della persona, incluso il diritto di ricorso avverso qualsiasi decisione presa; c) la fonte legislativa dei poteri in relazione all'assistenza reciproca internazionale; d) la possibilità di accesso al file in

---

<sup>187</sup> Cfr. art. 14 decisione quadro: «Se non dà il consenso alla propria consegna secondo le modalità di cui all'articolo 13, l'arrestato ha diritto all'audizione a cura dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione in conformità con il diritto interno di tale Stato membro dell'esecuzione».

<sup>188</sup> Cfr. art. 14 par. 3 lett. b Patto internazionale sui diritti civili e politici e art. 6 par. 3 lett. b CEDU. Sul punto, v. M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 39.

possesso dello Stato richiedente, anche per via telematica qualora esso sia in formato elettronico. Il dossier, infatti, dovrebbe essere a disposizione dell'imputato o dei suoi rappresentanti legali allo stesso modo in cui lo sarebbe se il soggetto si trovasse nel territorio dell'organo che ha emesso l'ordine; e) il diritto ad essere informato della facoltà di consentire alla consegna e di rinunciare al beneficio derivante dal principio di specialità. Se è vero che gli elementi sub a) ed e) possono essere compresi nell' ampia dizione di cui all'art. 11 par. 1 decisione quadro che richiama il contenuto del mandato e la possibilità di prestare il proprio assenso alla consegna, troppo sinteticamente viene, comunque, delineato l'accesso all'assistenza legale e alla difesa, senza alcuna specificazione in ordine al momento in cui sorge tale diritto e in merito all'assistenza legale gratuita.<sup>189</sup>

Inoltre, la complessità dei casi che presuppongono forme di cooperazione internazionale avrebbe dovuto imporre clausole per l'assistenza tanto nel Paese richiedente quanto in quello *ad quem*. Il quadro definitorio risultante dal testo europeo appare, dunque, impreciso e fuorviante rispetto a soluzioni giuridiche di indirizzo come quelle elaborate dalla Commissione UE nell'ambito dei suoi interventi propositivi<sup>190</sup>. Atteso che il legislatore europeo non ha dettato una disciplina esplicita in tema di diritti della persona, potrebbe profilarsi il rischio di un'applicazione non uniforme dell'atto UE e delle misure interne, almeno fino a quando non vi fosse un intervento chiarificatore della Corte di giustizia UE.

A tale proposito va sottolineato come il rimedio in parola potrebbe rivelarsi inefficace nella misura in cui è destinato a esplicare i suoi effetti solo in alcuni Paesi europei. L'art. 35 par. 1 TUE, che prevede la competenza della Corte di Lussemburgo "a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse", è, infatti, subordinato (par. 2) ad un'accettazione da parte degli Stati membri e non tutti hanno sottoscritto di accogliere la suddetta regola<sup>191</sup>. L'individuo che ritenga di essere stato leso in un suo diritto non ha, poi, accesso diretto alla giurisdizione di legittimità sovraordinata, essendo quest'ultima rimessa

---

<sup>189</sup> Le informazioni suddette dovranno essere fornite all'arrestato dall'autorità che procede a eseguire l'ordine UE; tuttavia, nell'ipotesi di arresto da parte della polizia giudiziaria a seguito di segnalazione SIS, sarà l'ufficiale di polizia giudiziaria a dover procedere a tali avvisi, dandone atto nel verbale a pena di nullità.

<sup>190</sup> Cfr. B. PIATTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Dall'extradizione al mandato di arresto europeo*, M. BARGIS - E. SELVAGGI, Torino, 2005.

<sup>191</sup> Cfr., al riguardo, M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 46, nota 42.

all'iniziativa del giudice nazionale, al quale spetta di decidere se sollevare o no la questione. In ogni caso, dall'art. 34 par. 2 lett. b TUE e dal principio di lealtà nei confronti dell'Unione dovrebbe discendere l'obbligo per i magistrati di rendere la loro interpretazione del diritto interno - a prescindere dal fatto che si tratti di disposizioni emanate prima o dopo la decisione quadro stessa - il più possibile conforme al dettato e agli scopi del provvedimento UE, al fine di raggiungere il risultato prefissato tramite quest'ultimo<sup>192</sup>. Spetterà, quindi, in prima battuta agli organi giudiziari dei Paesi UE garantire il rispetto dei diritti fondamentali, adeguando il loro comportamento in osservanza di quell'obbligo di interpretazione conforme.<sup>193</sup>

Quanto ai rimedi attivabili da parte della persona coinvolta, occorre considerare che le misure restrittive adottate a seguito di un mandato potranno, comunque, essere oggetto di ricorso sul piano europeo innanzi alla Corte dei diritti dell'uomo, nonché sul piano nazionale, di fronte alle giurisdizioni competenti nel Paese che emette l'ordine e quello che deve eseguirlo. Dinanzi agli organi di Strasburgo la persona arrestata potrà far valere i diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia per quanto riguarda la privazione di libertà conseguente all'ordine di arresto ex art. 5 CEDU (legalità e regolarità della detenzione), sia con riguardo ai principi di *fairness*, come previsto dall'art. 6 CEDU. Non è escluso che l'individuo possa anche far valere altri diritti garantiti dalla Convenzione, come, ad esempio, nel caso in cui la misura violi il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con riferimento all'art. 8 CEDU. Per quanto sia auspicabile il controllo da parte della Corte circa le modalità con le quali gli Stati membri eseguiranno i mandati UE, va sottolineato che si tratta pur sempre di un rimedio non tempestivo per il destinatario di un ordine di arresto, attesa la necessità del previo esaurimento dei ricorsi interni. Il principale problema attiene allora alla verifica dell'esistenza di un accesso effettivo alla giurisdizione nazionale.

---

<sup>192</sup> Cfr. Corte giust. CE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in Guida al diritto, 2005 (26), p. 67 ssg., su cui v. G. FRIGO, Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna, *ivi*, 2005 (26), p. 74 ssg.; E. SELVAGGI, L'incidente probatorio apre le porte all'audizione «Protetta» senza limiti, *ivi*, 2005 (26), p. 77 ssg., il quale sottolinea l'importanza della pronuncia non solo sul piano interno ma altresì su quello internazionale avendo la Corte affermato che «anche la decisione quadro costituisce il parametro di riferimento per l'applicazione della legge nazionale da parte dei giudici degli Stati membri».

<sup>193</sup> Cfr. Corte giust. CE, 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in Riv. dir. int., 2002, p. 784. V., altresì, Corte giust. CE, 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing* (Racc., p. I-4135); Corte giust. CE, 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret* (Racc., p. I-6911).

Le predette considerazioni appaiono fondate da un'analisi pedissequa di preambolo e parte dispositiva della decisione quadro 2002/584/GAI.

Nel preambolo all'atto, difatti, emerge l'intendimento espresso dal Consiglio dell'Unione circa un costante rispetto dei diritti fondamentali delle persone. Il decimo considerando, con uno sguardo verso il futuro allargamento dell'Unione, precisa che l'esecuzione di un mandato di arresto può essere sospesa “solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti dall'art. 6 par. 1, del Trattato sull'Unione europea”<sup>194</sup>. Siffatta previsione è stata inserita con l'intento di fugare il timore di un utilizzo del nuovo strumento per consegne di imputati o condannati a Paesi ove il rispetto dei diritti umani non sia pienamente praticato. Sicuramente più attinente ai diritti del ricercato è il dodicesimo considerando, il quale esordisce affermando che la decisione quadro “rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo V”. Un richiamo a questo concetto si ha nell'art. 1, par. 3 DQ per cui l'atto europeo non può modificare l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6, par. 1 TUE<sup>195</sup>. L'importanza di questa disposizione, oltre che nel richiamo ai diritti garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la si rinviene nella previsione del principio di non discriminazione. Proprio per garantire il rispetto del diritto di ciascuno a non essere discriminato “nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato di arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato di arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi”. Si tratta dell'unica disposizione, all'interno dell'atto europeo, ad essere dedicata a questo diritto fondamentale. Tali perplessità nascono dal fatto che la violazione della garanzia in esame

---

<sup>194</sup> Art. 6, par. 1 TUE: « L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri ».

<sup>195</sup> M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 36-37.

non venga tradotta, nella parte dispositiva, in uno dei casi in cui sia possibile rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto.

Nella parte finale del considerando n. 12, si precisa che la DQ non ostacola l'applicazione da parte degli Stati membri delle loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione. Tale previsione introduce una problematica che potrebbe incidere sulla funzionalità del mandato d'arresto. Consentendo ai vari Stati, in relazione alle sopra menzionate situazioni soggettive, di poter applicare le modalità di disciplina contenute nelle rispettive Costituzioni, che possono prevedere profili anche maggiori di tutela, si realizza una diversità di livelli di garanzie offerte. Ciò potrebbe avere significative ricadute sul piano del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in ambito penale. Infine, il considerando n. 13 prevede il divieto di allontanamento, espulsione o estradizione di una persona “verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumani o degradanti” Si tratta di una “clausola ‘aperta’, idonea a tutelare la persona da qualsiasi trattamento lesivo della sua “dignità” *latu sensu* intesa”.<sup>196</sup>

Per quanto riguarda la pena di morte, vista l'ampia adesione ai Protocolli alla CEDU n. 6 e 13 che la vietano in ogni forma, ad oggi detta esplicitazione non può che rivestire un valore simbolico. L'importanza di una simile previsione può essere apprezzata, soprattutto, nell'ottica di un futuro ampliamento dei confini dell'Unione.

Più significativo, invece, è il richiamo al divieto di trattamenti inumani e degradanti, la cui nozione può essere ricavata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo concetto, nel tempo, ha subito una forte evoluzione, tanto da ricomprendere una tipologia di pratiche sempre più ampie. Vi rientrano, non solo, i casi in cui sono previste pene corporali o vessazioni psicologiche e fisiche verso i detenuti, ma anche quelle situazioni che, di volta in volta, si valutano influenti sui diritti della persona richiesta.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> P. SPAGNOLO, *Il mandato d'arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronunce giurisprudenziali e primi contrasti interpretativi*, in *Legislazione penale*, 2007, p. 610.

<sup>197</sup> P. SPAGNOLO, *Il mandato d'arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronunce giurisprudenziali e primi contrasti interpretativi*, in *Legislazione penale*, 2007 cit., pp. 608-609.



Le clausole illustrate, contenute nel preambolo della decisione quadro, sono emblematiche: richiamano l'attenzione su tutta una serie di garanzie individuali che dovrebbero essere salvaguardate a prescindere dal fatto che la loro violazione non sia inserita tra le condizioni ostative alla consegna.

Come già anticipato, la disciplina delle garanzie individuali, contenuta nella parte dispositiva dell'atto, è ridotta all'essenziale. Questo emerge, innanzitutto, dalla lettura dell'art. 11 della decisione quadro, rubricato "diritti del ricercato". Al soggetto ricercato devono essere riconosciuti dei diritti minimi: il diritto ad essere informato dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione in conformità al proprio diritto interno del mandato di arresto europeo e del suo contenuto, anche al fine di poter acconsentire alla consegna; il diritto di essere assistito da un consulente legale e da un interprete, sempre conformemente al diritto interno dello Stato di esecuzione. L'art. 12, poi, prevede il diritto del soggetto richiesto, arrestato sulla base di un mandato d'arresto europeo, di poter essere rimesso in libertà in qualsiasi momento. Questo può avvenire in conformità al diritto interno dello Stato richiesto e purché l'autorità dell'esecuzione adotti le misure idonee ad assicurare la consegna e evitare, così, la fuga.

Nel caso in cui l'arrestato non presti il proprio consenso alla consegna, l'art. 14 statuisce il diritto all'audizione a cura dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, congruamente al diritto interno di tale Stato.

Le garanzie fino a qui esposte rientrano tra quelle che, in dottrina, sono state definite come di "tipo soggettivo", da cui si distinguono quelle cosiddette di "natura oggettiva"<sup>198</sup>.

Queste ultime sono così definite, in quanto, non si ricollegano direttamente alla persona del ricercato, ma nondimeno influiscono sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo.

Sono da ricomprendersi in questa categoria le garanzie previste all'art. 5. La norma subordina l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, in determinati casi, a talune condizioni. Si tratta di informazioni accessorie mediante le quali ci si sincera che la consegna avvenga sulla base di norme conformi all'ordinamento interno dello Stato di esecuzione.

---

<sup>198</sup> D. MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, p. 13.

La prima di queste ipotesi, prevista all'art. 5 n. 1, è stata soppressa ad opera della DQ 2009/299/GAI<sup>199</sup>. Era una previsione molto garantista: nel caso in cui la persona richiesta fosse stata condannata in *absentia*, lo Stato emittente avrebbe dovuto fornire, a quello di esecuzione, sufficienti garanzie sulla rinnovazione del giudizio a cui il soggetto non aveva potuto partecipare. Il tutto come condizione necessaria per dar corso all'esecuzione del MAE. Nel 2009 questo meccanismo viene eliminato perché considerato poco rispondente alle esigenze che la decisione quadro vuole perseguire. Al suo posto s'introduce l'art. 4-bis rubricato "Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente". Quando la decisione giudiziaria alla base del mandato d'arresto è pronunciata in *absentia*, se si verifica almeno una delle condizioni tassativamente indicate dalla norma, ciò è sufficiente per permettere allo Stato richiesto di eseguire la consegna. Dunque, grava sull'autorità di emissione l'onere di allegare le informazioni relative al processo che permettano di evitare un rifiuto da parte dello Stato dell'esecuzione.

Se ne ricava che la DQ 2009/299/GAI, adottata per attuare il principio del mutuo riconoscimento per le decisioni giudiziarie pronunciate in *absentia*, attraverso la modifica apportata all'atto europeo relativo al MAE, cerca di creare un bilanciamento migliore tra rafforzamento dei diritti processuali delle persone e incremento della cooperazione giudiziaria in ambito penale.<sup>200</sup>

Tornando adesso all'art. 5, è opportuno menzionare le due ipotesi che, invece, sono rimaste in vita.

Al n. 2, quanto ai reati puniti con l'ergastolo, l'esecuzione del mandato d'arresto può essere subordinata alla previsione, da parte del Paese emittente, di una "revisione della pena comminata - su richiesta o al più tardi dopo vent'anni - oppure l'applicazione di misure di clemenza" che rendano possibile la non esecuzione della pena perpetua.

Infine al n. 3, riguardante i mandati che vanno a colpire i cittadini o residenti ai fini dell'esercizio di un'azione penale, "la consegna può essere subordinata alla condizione che la

---

<sup>199</sup> Decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione il 26 febbraio 2009. La stessa modifica varie decisioni quadro precedenti, tra cui anche la DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

<sup>200</sup> D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, pp. 7-11.

persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione” per scontarvi la pena eventualmente inflitta.

Sempre all’interno della categoria delle garanzie oggettive previste nella DQ, rientrerebbero anche lo scomputo della detenzione sofferta nello Stato richiesto in esecuzione del MAE, dalla durata totale della detenzione che dovrà essere scontata nello Stato emittente (art. 26) e la previsione del principio di specialità (art. 27). Quest’ultima ipotesi sottolinea come il MAE, così come l’extradizione, valga solamente per il perseguimento del reato per cui è emesso e mai per altri reati; salvo i casi che derogano a questa regola previsti dalla norma.

Una volta ripercorse le norme che toccano da vicino il tema della tutela dei diritti fondamentali, è importante soffermarsi su quelli che sono stati gli interventi della dottrina sul punto; in particolare, su quella apparente ambiguità che permea l’impianto della decisione quadro.

Fin dal 2002 vengono messi in luce i profili più problematici: in particolare perché la violazione, o il rischio di violazione, dei diritti fondamentali non figurino tra le cause di rifiuto di esecuzione di un MAE e perché le garanzie processuali dei ricercati siano ridotte ai minimi termini.

Iniziando con il primo quesito, perplessità sono emerse dalla previsione, nei considerando dell’atto, di aspetti di tutela del ricercato non tradottisi in espliciti casi di non esecuzione di un MAE.<sup>201</sup>

Si nota, dunque, come dalla lettura degli artt. 3-4 DQ, che disciplinano rispettivamente i casi di non esecuzione obbligatoria e facoltativa di un mandato di arresto europeo, non emerga nessun accenno alla possibilità che l’esecuzione possa comportare la violazione dei diritti fondamentali.

Si è tentato così di ricostruire in via interpretativa la violazione dei diritti del ricercato come motivo di rifiuto dell’esecuzione di un mandato d’arresto. Tanto è stato possibile attribuendo alla DQ il giusto peso all’interno della cornice normativa europea. Essendo un atto di diritto derivato, non può modificare le norme dei Trattati, anzi è tenuta a rispettarle, così come i vari Stati membri che danno esecuzione al diritto dell’Unione. Ecco che, in quest’ottica, viene valorizzato l’art. 1, par. 3, della decisione quadro che impone “l’obbligo di

---

<sup>201</sup> M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*, cit., p. 38.

rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea"; dunque, detto obbligo non può essere modificato dalla legge europea in esame. L'art. 6, par. 2 TUE, stabilisce che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

In conclusione, la decisione quadro in esame è vincolata alle norme dei Trattati e, per questo, alle garanzie ivi contenute; pertanto, una sua applicazione in contrasto con tali tutele non dovrebbe considerarsi legittima. Da qui discende, in via interpretativa, la possibilità di aggiungere ai motivi di non esecuzione di un MAE, la violazione dei diritti riconosciuti nel preambolo della DQ. Una simile soluzione è sostenibile solo comprendendo che l'atto europeo deve essere letto in maniera unitaria. A favore di ciò, un'autorevole dottrina rivela come i « "considerando", seppur non tradotti in enunciati normativi, costituiscono pur sempre la premessa logico-giuridica su cui poggia il resto del testo. Se così è, non sembra potersi ravvisare tra i primi e il secondo un rapporto conflittuale, dovendosi piuttosto ritenere che il raggiungimento dell'obiettivo prefisso non può che essere conseguito tenendo in debito conto la premessa da cui trae esso origine». <sup>202</sup>

Relativamente alle garanzie difensive, si è sottolineato come le stesse siano minime e, molto spesso, dotate di poca trasparenza <sup>203</sup>. Infatti, non sono menzionati esplicitamente tutta una serie di diritti, ad esempio, il diritto del ricercato alla verifica giudiziale del provvedimento di arresto <sup>204</sup> o, più in generale, i diritti impliciti nel principio del giusto processo, fondamentali alla luce dei parametri fissati dall'art.6 TUE. Anche in relazione ai diritti esplicitati viene messa in discussione la troppo sintetica esposizione nei dettati che, conseguentemente, rende le garanzie accordate poco chiare. <sup>205</sup>

Nonostante i numerosi rimandi al diritto interno dello Stato di esecuzione, inseriti con l'intento di applicare le garanzie dallo stesso previste, potrebbero presentarsi degli

<sup>202</sup> D. MANZIONE, *Decisione - quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, p. 22.

<sup>203</sup> M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*, cit., pp. 40-41.

<sup>204</sup> Lo stesso è previsto all'art. 5, par. 4, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>205</sup> Ciò avviene, ad esempio, nel caso del diritto dell'arrestato all'audizione (art. 14): la norma, così come è formulata, non è chiara in ordine alla funzione o alle modalità di svolgimento della garanzia in questione.

inconvenienti. Lo Stato in questione potrebbe essere poco attento alla tutela dei diritti di imputati e condannati. Per scongiurare tale pericolo “il testo avrebbe potuto, e dovuto, essere preciso, anche nella prospettiva del mutuo riconoscimento, che non dovrebbe comportare deroghe ai diritti fondamentali”.<sup>206</sup>

Altra dottrina ha letto, invece, in maniera meno “preoccupata” l'impostazione generale della DQ.<sup>207</sup>

Si sottolineano, in modo positivo, gli ampi spazi lasciati dall'atto ai legislatori interni per delineare una procedura di consegna rispettosa dei diritti fondamentali. I singoli Paesi possono prevedere, nelle rispettive Costituzioni, livelli più elevati di garanzia.<sup>208</sup> Se ciò è vero, niente tuttavia impedisce di condividere l'opinione per cui “l'inserimento di maggiori garanzie [...] nella parte dispositiva della decisione-quadro sarebbe stato più opportuno, dal momento che gli Stati, anche quelli di più antica tradizione costituzionale e democratica, tendono troppo spesso a dimenticarsi dei loro obblighi in materia di tutela dei diritti individuali, specialmente in settori di “frontiera” dell'ordinamento, quale [...] è quello dell'estradizione (e a maggior ragione di una estradizione semplificata)”.<sup>209</sup>

Nella citata Relazione del 2011 sull'attuazione della decisione quadro, la Commissione sottolinea come tale documento sia emblematico dello stadio di sviluppo e funzionamento del mandato d'arresto europeo. Muovendo da dati statistici, da un lato se ne constata i successi operativi, soprattutto come strumento efficace di riconoscimento reciproco e di lotta alla criminalità, dall'altro vengono evidenziati i limiti che ancora presenta. Problematiche si rinvennero, in particolare, in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Ecco perché la Commissione prevede interventi futuri inerenti a questo settore. Nello specifico, al punto 4 della Relazione si dedica ampio spazio al rafforzamento dei diritti processuali di indagati e imputati, ricordando la tabella di marcia, a questi dedicata, adottata dal Consiglio il 30 novembre 2009. Successivamente, si ricollega la tutela di tali diritti ad un

<sup>206</sup> M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*, cit., p. 40.

<sup>207</sup> E. MARZADURI, Artt. 1- 2, in AA. VV., *Il mandato d'arresto europeo*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, pp. 58-68.

<sup>208</sup> In relazione a questo, significativa è la parte finale del dodicesimo considerando, per cui « la DQ non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione». Si tratta di situazioni soggettive tutelate nella Convenzione di Roma e che possono presentare, negli ordinamenti interni, maggiori profili di garanzia.

<sup>209</sup> M. PEDRAZZI, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura del medesimo, Milano 2004, p. 6.

incremento della fiducia reciproca, quindi, ad una maggiore operatività del principio del mutuo riconoscimento.<sup>210</sup>

Al fine, dunque, di migliorare l'equilibrio tra l'utilizzo del mandato d'arresto e la tutela dei diritti fondamentali, Commissione e Consiglio hanno individuato alcune misure prioritarie: diritto alla traduzione e all'interpretazione; diritto all'informazione sui propri diritti; consulenza legale prima del procedimento e assistenza legale gratuita durante il procedimento; diritto del detenuto di comunicare con familiari, datori di lavoro e autorità consolari; protezione degli indagati vulnerabili.

Alcune di queste misure prioritarie sono già state tradotte in direttive comunitarie. Queste ultime, così, hanno contribuito ad ampliare la sfera della tutela dei diritti fondamentali nell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. La prima è stata la direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.<sup>211</sup>

Si tratta di un atto estremamente importante perché disciplina un diritto fondamentale dell'imputato, cioè il diritto ad un'assistenza linguistica adeguata e gratuita (considerando n. 17). L'essenza di tale diritto, già sancito all'art. 6 CEDU, la si coglie nella misura in cui si consente a indagati o imputati di conoscere le accuse mosse nei loro confronti per garantire loro, così, il diritto ad un equo processo e l'esercizio del diritto di difesa.

L'assistenza linguistica si snoda in due facoltà: quella di ottenere l'interpretazione delle comunicazioni orali (art. 2) e quella ricevere la traduzione scritta di tutti i documenti essenziali per esercitare i diritti difensivi (art. 3).

Si tratta di diritti, ricollegabili a coloro che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento, che dovrebbero accompagnare anche l'esecuzione di un mandato d'arresto (considerando n. 15). Gli Stati richiesti, dunque, dovrebbero provvedere a garantire il diritto all'interpretazione e traduzione a beneficio delle persone ricercate che non parlino o non comprendano la lingua del procedimento.

Per quanto riguarda il diritto all'interpretazione va riconosciuto sia nei rapporti tra imputato e autorità procedente, sia nelle relazioni tra lo stesso e il suo difensore.

---

<sup>210</sup> Punto 6 della Relazione, «Diritti fondamentali: devono essere adottate e recepite le misure derivanti dalla tabella di marcia sui diritti processuali di indagati o imputati, onde garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e accrescere la fiducia reciproca, elemento essenziale a mantenere operativi gli strumenti di reciproco riconoscimento quali la decisione quadro del Consiglio».

<sup>211</sup> In GUUE, L 280, del 26.10.2010, pp. 1 ss.

Quest'ultimo profilo fa sì che la normativa europea si spinga ben oltre le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo, che in passato aveva escluso l'estensione di simile garanzia ai rapporti tra accusato e difensore<sup>212</sup>. Dal lato del diritto alla traduzione, la direttiva prevede che vanno sempre tradotti i documenti fondamentali, tra cui si ricomprendono le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze.<sup>213</sup>

Inoltre, espressamente all'art. 3, par. 6, si aggiunge il mandato di arresto europeo, il quale deve essere sempre tradotto da parte dello Stato membro di esecuzione, nel caso in cui sia stato redatto in una lingua non comprensibile all'interessato. Infine, si segnala la natura gratuita di tali servizi (art. 4) e la qualità adeguata che deve caratterizzarli. Solo così è possibile garantire a imputati e indagati di esercitare correttamente i loro diritti di difesa. La normativa presa in esame, inoltre, al considerando n. 5 ribadisce il rispetto del diritto ad un equo processo ex artt. 6 CEDU e 47 della Carta, nonché il diritto di difesa ex art. 48 della Carta. È opportuno segnalare un intervento della Cassazione penale del 2011<sup>214</sup>, dove la stessa dichiara non sussistente l'obbligo di traduzione di un estratto contumaciale della sentenza richiesto da uno straniero alloglotto, poiché il termine di recepimento della direttiva, fissato il 27 ottobre 2011, non era ancora scaduto. In dottrina si è evidenziato come il giudice nazionale avrebbe potuto procedere all'interpretazione conforme della normativa interna, in quanto la direttiva è espressione della tutela di un diritto fondamentale: il diritto all'equo processo<sup>215</sup>.

La direttiva 2010/64/UE stabilisce norme minime comuni da applicare nell'ambito dell'interpretazione e traduzione nei procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione di un MAE, al fine di rafforzare la fiducia tra gli Stati membri. La sua base giuridica è l'art. 82, par. 2, TFUE, che prevede la possibilità di stabilire norme minime, applicabili negli Stati membri, per facilitare sia il riconoscimento reciproco delle sentenze e decisioni giudiziarie, sia la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie aventi dimensioni transnazionali. In particolare, l'art. 82, par. 2, secondo comma, lett. "b", indica "i diritti della persona nella

---

<sup>212</sup> M. GIALUZ, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in *Dir. Pen. proc.*, 2012, pp. 435-36.

<sup>213</sup> La direttiva precisa che si deve garantire la traduzione del provvedimento conclusivo del processo nei confronti dell'imputato alloglotto, per non discriminarlo e per assicurargli il diritto ad un processo equo.

<sup>214</sup> Corte di Cass., III sez. pen., sentenza del 7 luglio 2011, n. 26703.

<sup>215</sup> M. GIALUZ, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, cit., pp. 434 ssg.

procedura penale” quale uno degli ambiti in cui è possibile prevedere norme minime. L’altra direttiva, che si colloca in questa prospettiva e che è volta ad ampliare la tutela dei diritti fondamentali in esecuzione di un mandato d’arresto, è la 2012/13/UE sul diritto all’informazione nei procedimenti penali.<sup>216</sup> Quest’ultima stabilisce norme relative al diritto all’informazione sia dei diritti processuali di cui gli accusati godono (diritto ad un avvocato, condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio, diritto di essere informato dell’accusa, diritto all’interpretazione e traduzione, diritto al silenzio), sia della imputazione formulata a loro carico. Inoltre, vi è ricompreso anche il diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti. Si tratta di facoltà volte a garantire i diritti fondamentali all’equo processo, alla difesa, alla libertà e alla sicurezza degli individui (artt. 6, 47, 48 Carta e 5 e 6 CEDU). In relazione all’informazione sui diritti processuali, la stessa deve essere fornita tempestivamente all’interessato, in forma orale o scritta, in un «linguaggio semplice e accessibile»; tutto per consentire un esercizio effettivo delle menzionate prerogative difensive. Nel considerando n. 39 e nell’art. 5, l’atto prevede il diritto delle persone arrestate in esecuzione di un mandato d’arresto europeo ad ottenere comunicazione scritta dei propri diritti al momento dell’arresto. Le aspirazioni garantistiche, della normativa in questione, non potevano non coinvolgere un ambito siffatto in cui particolarmente forte è la necessità di rafforzare i diritti di indagati e imputati. La direttiva predispose in allegato un modello-tipo (uno per i procedimenti penali, uno per il mandato d’arresto) di comunicazione, al fine di rendere la sua attuazione il più possibile omogenea. L’art. 10 contiene un’apposita clausola di non regressione: le disposizioni contenute nella direttiva non possono derogare ai diritti e alle garanzie procedurali previste dalla Carta di Nizza, dalla CEDU o dalle altre disposizioni di diritto internazionale, ovvero dal diritto interno degli Stati membri qualora offra maggiori garanzie. Da tutto questo emerge chiaramente la finalità di incrementare la reciproca fiducia tra Stati, nonché di tutelare i diritti e le garanzie previste dalla CEDU e dalla Carta. In dottrina si sottolinea come la strada, per giungere all’approvazione di un simile provvedimento, sia stata lunga e difficile<sup>217</sup>. Il ripensamento delle tradizionali modalità di approccio al tema delle garanzie minime nei procedimenti penali è stato decisivo. Detto ripensamento, avvenuto con la risoluzione del Consiglio del 30 novembre

---

<sup>216</sup> In GUUE, L. 142, 1.6.2012, pp. 1 ssg.

<sup>217</sup> S. CIAMPI, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all’informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. penale contemporaneo*, 2012, pp. 1-4.



2009, consente di approdare “una modalità di azione *step-by-step*, funzionale a conseguire, assai più realisticamente, una serie di obiettivi parziali in sequenza”<sup>218</sup> per raggiungere il risultato finale di una riforma processuale di natura garantista. In quest’ottica, dunque, devono essere lette la direttiva 2010/64/UE prima e, la direttiva 2012/13/UE poi.

---

<sup>218</sup> S. CIAMPI, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all’informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. penale contemporaneo*, 2012, cit., p. 4.

## CAPITOLO VI

**Casi giurisprudenziali in tema di Mandato di Arresto Europeo**

L'obiettivo di questo capitolo è quello di analizzare alcune delle principali sentenze giurisprudenziali in tema di mandato di arresto europeo al fine di cogliere, con maggiore efficacia, gli aspetti giuridici, tecnici e operativi di questo strumento di cooperazione giudiziaria.

In tale ottica, si è ritenuto di porre l'accento sulla sentenza del 16 luglio 2015, causa C-237/15 PPU *Minister for Justice and Equality c. F. Lanigan* della CGUE (Grande Sezione),<sup>219</sup> relativa alla relazione fra la scadenza dei termini per statuire sull'esecuzione di un mandato di arresto europeo e la legittimità del giudice competente nell'adottare una decisione al riguardo che possa contemplare il mantenimento in custodia del ricercato. Tale tematica, difatti, incide sensibilmente nel rapporto tra MAE e diritti umani, come già delineato nel precedente capitolo.

Nel dicembre 2012 le autorità britanniche hanno emesso un mandato di arresto europeo nei confronti del sig. Francis Lanigan, irlandese, nell'ambito di un procedimento penale avviato nel Regno Unito per omicidio volontario e detenzione di un'arma da fuoco finalizzata ad attentare alla vita, reati che erano stati commessi nel Regno Unito nel 1998. Nel gennaio 2013 il sig. Lanigan è stato arrestato, sulla base del mandato di arresto europeo, dalle autorità irlandesi. Lo stesso ha allora affermato di non acconsentire alla propria consegna alle autorità giudiziarie britanniche ed è stato incarcerato in attesa di una decisione al riguardo. L'esame della situazione del sig. Lanigan da parte della *High Court* irlandese ha avuto inizio solo il 30 giugno 2014, in seguito ad una serie di rinvii dovuti in particolare a incidenti procedurali. L'esame della causa è quindi proseguito finché il sig. Lanigan ha addotto, nel dicembre 2014, che lo spirare dei termini previsti dalla decisione quadro per l'adozione di una decisione sull'esecuzione del mandato di arresto europeo (vale a dire sessanta giorni dall'arresto, con possibilità di proroga di altri trenta giorni) vietava di proseguire il procedimento.

---

<sup>219</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2015%3A302%3ATOC>.

La *High Court* chiede alla Corte di giustizia se l'inosservanza di tali termini le consenta ancora di statuire sull'esecuzione del mandato di arresto europeo e se il sig. Lanigan possa essere mantenuto in custodia benché la durata totale del periodo di custodia ecceda tali termini.

La CGUE (Grande Sezione) ha dichiarato che, in considerazione della centralità dell'obbligo di eseguire il mandato di arresto europeo e in assenza di qualsivoglia indicazione esplicita in senso contrario nella decisione quadro, le autorità nazionali sono tenute a proseguire il procedimento di esecuzione del mandato e a statuire sull'esecuzione del mandato, anche laddove i termini stabiliti siano scaduti poiché un abbandono del procedimento in caso di scadenza dei termini potrebbe, infatti, pregiudicare l'obiettivo di accelerazione e di semplificazione della cooperazione giudiziaria e favorire pratiche dilatorie del tutto incompatibili con l'obiettivo della Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 di semplificare e ad accelerare le procedure che permettono di consegnare a un altro Stato membro una persona ricercata ai fini dell'esercizio dell'azione penale o per l'esecuzione di una pena privativa della libertà in tale Stato. Inoltre, la Corte, relativamente al mantenimento in custodia della persona, ha rilevato che nessuna disposizione della decisione quadro prevede che la persona in stato di custodia debba essere rilasciata in seguito alla scadenza dei termini. Infatti, qualora il procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo debba essere proseguito dopo la scadenza dei termini, un obbligo generale e incondizionato di rilascio della persona dopo la scadenza dei termini potrebbe limitare l'efficacia del sistema di consegna istituito dalla decisione quadro e, pertanto, ostacolare la realizzazione degli obiettivi da essa perseguiti. Tuttavia, come emerso dall'analisi proposta nel capito precedente, la Corte ha ricordato che la decisione quadro dev'essere interpretata conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, al diritto fondamentale alla libertà e alla sicurezza. A tale proposito, la Corte ha ribadito che una persona, che si trovi in stato di custodia sulla base di un mandato di arresto europeo in attesa di essere consegnata, può essere mantenuta in custodia solo nei limiti in cui la durata totale della sua custodia non risulti eccessiva. Per sincerarsi che tale ipotesi non ricorra nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione (la *High Court*) dovrà effettuare un esame concreto della situazione, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti

al fine di valutare la giustificazione della durata del procedimento (segnatamente l'eventuale inerzia delle autorità degli Stati membri interessati o il contributo del ricercato a tale durata). Parimenti, detto giudice dovrà tenere conto della pena cui si espone il ricercato o della pena inflittagli, dell'esistenza di un rischio di fuga nonché della circostanza che il ricercato sia stato detenuto per un periodo la cui durata totale ecceda significativamente i termini previsti dalla decisione quadro per l'adozione della decisione sull'esecuzione del mandato. Infine, la Corte ha rammentato che, se il giudice dell'esecuzione pone fine alla custodia del ricercato, è tenuto, conformemente alla decisione quadro, a disporre, unitamente alla rimessa in libertà provvisoria del ricercato, qualsiasi misura ritenuta necessaria a evitare che quest'ultimo si dia alla fuga e ad assicurarsi che permangano le condizioni sostanziali necessarie alla sua effettiva consegna, fintantoché non venga adottata una decisione definitiva sull'esecuzione del mandato di arresto europeo.

Di simile importanza e parimenti inerente all'ambito dei diritti umani è da considerarsi la sentenza della CGUE (Grande Sezione) del 29 gennaio 2013 sulla causa C-396/11, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla *Curtea de Apel Constanța* (Romania), con decisione del 18 maggio 2011, pervenuta in cancelleria il 27 luglio 2011, nel procedimento relativo all'esecuzione di mandati d'arresto europei emessi nei confronti di *Ciprian Vasile Radu*.<sup>220</sup> In questo frangente, la Corte era sostanzialmente chiamata a chiarire se l'omessa audizione della persona destinataria di un mandato d'arresto europeo finalizzato all'esercizio dell'azione penale costituisca una violazione dei diritti garantiti dagli articoli 47 e 48 della Carta, idonea a giustificare un eventuale rifiuto di eseguire il mandato al di là dei motivi di non esecuzione, obbligatori e facoltativi, previsti dalla decisione quadro. La *Curtea de Apel Constanța* (Corte d'appello di Costanza, Romania) veniva richiesta di dare esecuzione a quattro mandati d'arresto europei spiccati da altrettante corti tedesche al fine di esercitare l'azione penale nei confronti del sig. Radu. Il giudice rumeno disponeva l'esecuzione di tre mandati, ma sospendeva il quarto, adducendo che il sig. Radu era sottoposto a procedimento penale in Romania per il medesimo fatto che era alla base del suddetto mandato. Pertanto, la sua consegna veniva sospesa fino alla definizione del procedimento penale pendente. Questa decisione veniva successivamente cassata dalla *Înalta Curte de*

---

<sup>220</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62011CJ0396>.

*Casație și Justiție a României* (Alta Corte di Cassazione e di Giustizia della Romania). A questo punto, il sig. Radu si opponeva, dinanzi alla *Curtea de Apel Constanța*, alla esecuzione dei quattro mandati, affermando che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la decisione quadro 2002/584/GAI doveva essere interpretata e applicata in conformità alla Carta. Il giudice rumeno decideva di rivolgere alla Corte di giustizia sei questioni pregiudiziali in merito.

La Corte ha precisato che, al contrario di quanto affermato dal Radu, il fatto che non sia necessario sentire la persona prima dell'emissione di un mandato d'arresto europeo nei suoi confronti non integra una violazione degli artt. 47 e 48, par. 2, della Carta. Invero, se così fosse stato, la decisione quadro, in quanto fonte subordinata alla Carta - che, ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE "ha lo stesso valore giuridico dei Trattati" - avrebbe dovuto essere, se possibile, interpretata in modo da evitare il contrasto con la Carta stessa, o altrimenti dichiarata invalida (verosimilmente, nei limiti dell'incompatibilità ravvisata). Ad avviso della Corte, un tal problema non si pone, tuttavia, dal momento che il legislatore UE ha realizzato, rispetto allo specifico aspetto in questione, un corretto bilanciamento tra la protezione delle garanzie procedurali fondamentali delle persone interessate da un mandato d'arresto europeo e le finalità di questo peculiare strumento di cooperazione giudiziaria. Da un lato, la Corte ha rilevato che "un obbligo, per le autorità giudiziarie emittenti, di sentire la persona ricercata prima dell'emissione di un siffatto mandato d'arresto europeo vanificherebbe inevitabilmente il sistema [...] previsto dalla decisione quadro [...] dal momento che [...] [il] mandato d'arresto deve potersi giovare di un certo effetto sorpresa" (para. 40); dall'altro, ha tuttavia evidenziato che "in ogni caso, il legislatore europeo ha garantito il rispetto del diritto all'audizione nello Stato membro di esecuzione in modo tale da non compromettere l'efficacia del meccanismo del mandato d'arresto europeo" (para. 41). La CGUE ha, dunque, concluso sentenziando che la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretata nel senso che le autorità giudiziarie di esecuzione non possono rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale a motivo del fatto la persona ricercata non è stata sentita nello Stato membro emittente prima dell'emissione di tale mandato d'arresto.

Discorso simile riguarda la sentenza della CGUE(Grande Sezione) del 26 febbraio 2013 nella causa C-399/11<sup>221</sup>, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal *Tribunal Constitucional* (Corte costituzionale, Spagna), con decisione del 9 giugno 2011, pervenuta in cancelleria il 28 luglio 2011, nel procedimento *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*. Nella fattispecie il sig. Melloni veniva condannato per bancarotta fraudolenta dal Tribunale di Ferrara, a seguito di un procedimento contumaciale. Il procuratore generale presso la Corte d'appello di Bologna emetteva un mandato d'arresto europeo nei confronti del Melloni, che veniva arrestato in Spagna. Il giudice spagnolo competente autorizzava l'esecuzione del mandato con ordinanza. Avverso la stessa, il Melloni proponeva un *recurso de amparo* al *Tribunal Constitucional*, adducendo una violazione indiretta dei requisiti tassativamente imposti dal diritto a un processo equo sancito dall'articolo 24, par. 2, della Costituzione spagnola. La CGUE sentenziava che l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in *absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente; l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, come modificata dalla decisione quadro 2009/299, è compatibile con le esigenze derivanti dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in *absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

E ancora, la sentenza CGUE (Grande Sezione) del 5 settembre 2012 nella causa C-42/11, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla *cour d'appel d'Amiens* (Francia), con decisione del 18 gennaio

---

<sup>221</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62011CJ0399>.

2011, pervenuta in cancelleria il 31 gennaio 2011, nel procedimento relativo all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso nei confronti di *Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge*.<sup>222</sup> Nel dicembre 2003, il sig. Lopes, cittadino portoghese, è stato condannato a cinque anni di reclusione dal Tribunale di Lisbona per il reato di traffico di stupefacenti. Nel settembre 2006, lo stesso Tribunale ha emesso un mandato d'arresto europeo nei suoi confronti ai fini dell'esecuzione della pena. Successivamente, il sig. Lopes si è stabilito in Francia. Dal febbraio 2008 lavora, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, come autotrasportatore per una impresa francese e nel luglio 2009 ha sposato una cittadina francese con la quale risiede in Francia.

Nell'ambito del procedimento principale relativo all'esecuzione del mandato d'arresto europeo, il procuratore generale della Corte d'Appello francese ha chiesto la consegna del sig. Lopes allo Stato membro di emissione (il Portogallo), nel cui territorio dovrebbe essere data esecuzione alla pena detentiva. Il sig. Lopes, infatti, non può scontare la propria condanna in Francia, in quanto l'art. 695-24 c.p.p. concede alle autorità francesi la facoltà di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo solo nei confronti di cittadini francesi. In concreto, poiché il sig. Lopes non è cittadino francese le autorità giudiziarie francesi devono dare esecuzione al mandato d'arresto europeo e consegnare il condannato alle autorità giudiziarie portoghesi. Il sig. Lopes, invece, chiede al giudice del rinvio di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo per poter scontare la propria pena in Francia, sostenendo che la sua consegna al Portogallo sarebbe contraria all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto arrecherebbe un pregiudizio sproporzionato al diritto al rispetto della sua vita privata e familiare (egli risiede in Francia con la moglie francese e lavora in tale Stato). Ritene, inoltre, di essere vittima di una discriminazione fondata sulla nazionalità, vietata dall'art. 18 TFUE, in quanto la differenza di trattamento istituita dalla norma nazionale tra cittadini francesi e cittadini di altri Stati membri non è oggettivamente giustificata. Il giudice del rinvio, pertanto, domanda alla Corte di Giustizia se l'art. 695-24 del codice di procedura penale francese, riservando ai soli cittadini nazionali la facoltà di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, sia in contrasto con l'art. 4, punto 6, Dec. Quadro 2002/584/GAI, il quale, invece, consente di invocare il motivo di non esecuzione del

---

<sup>222</sup> <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-42/11>.

mandato d'arresto europeo anche con riferimento ai residenti (ed a coloro che dimorano) nello Stato membro dell'esecuzione (la Francia). Nella sentenza in esame la Corte ricorda che il motivo di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo, previsto dall'art. 4, punto 6 della decisione quadro, persegue l'obiettivo di accrescere le opportunità di reinserimento sociale di una persona condannata ad una pena detentiva in un altro Stato membro. La Corte ha già avuto modo di precisare che, alla luce di tale obiettivo, i cittadini dello Stato membro di esecuzione ed i cittadini che risiedono o dimorano nello Stato membro di esecuzione, integrati nella società di tale Stato, non dovrebbero essere trattati diversamente (sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*).<sup>223</sup>

Nella citata sentenza *Wolzenburg*, pertanto, la Corte chiarisce che uno Stato membro può limitare il beneficio del motivo di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo di cui all'art. 4, punto 6 della decisione quadro ai cittadini dello Stato membro di esecuzione ed ai cittadini di altri Stati membri che abbiano legalmente soggiornato in via continuativa per cinque anni nello Stato membro dell'esecuzione. Analoga, infatti, è l'esigenza di garantire che la persona ricercata sia reintegrata nel tessuto sociale dello Stato membro dell'esecuzione. Nella sentenza in esame la Corte fa un ulteriore passo in avanti, precisando che gli Stati membri non possono limitare la non esecuzione di un mandato d'arresto europeo previsto dalla norma incriminata ai solo cittadini nazionali, escludendo in maniera assoluta e automatica i cittadini di altri Stati membri che dimorano o risiedono nel territorio dello Stato membro di esecuzione, pena la violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 18 TFUE). Tale affermazione non implica che lo Stato membro dell'esecuzione debba rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso nei confronti di chiunque risieda o dimori nel proprio Stato. È compito della autorità giudiziaria dell'esecuzione valutare il singolo caso al fine di verificare se sussistano in concreto tra la persona ricercata e lo Stato membro dell'esecuzione, legami familiari, economici e sociali idonei a dimostrare la sua integrazione nella società di detto Stato, tali da giustificare l'esecuzione della pena inflitta nello Stato membro di emissione (il Portogallo) nel territorio dello Stato membro di esecuzione (la Francia). Alla luce di tale pronuncia, il sig. Lopes, pur essendo cittadino portoghese condannato ad una pena

---

<sup>223</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=77860&doclang=it>.



detentiva in Portogallo, potrà scontare la pena detentiva nello Stato membro nel quale risiede, la Francia.

Inoltre, in materia di giurisdizione e di magistrati di collegamento in ambito di cooperazione giudiziaria appare rilevante la sentenza Cass. Pen., Sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 48 che in un caso di collisione tra nave italiana e ad altra nave avvenuta al largo della Scozia, in cui ha trovato la morte un marinaio a bordo della seconda imbarcazione ha disposto la consegna del comandante italiano al Regno Unito, in esecuzione di un mandato di arresto europeo, disconoscendo la giurisdizione italiana e facendo interessanti affermazioni sui poteri di intervento dei magistrati di collegamento in udienza. La Cassazione ha affrontato un caso, per certi aspetti simile ad altri cui la cronaca nazionale ci aveva già tristemente abituato, in cui una nave battente bandiera italiana non ha evitato la collisione con altra nave britannica a bordo della quale viaggiava, tra gli altri, un giovanissimo marinaio, che trovava la morte nell'incidente. Il Regno Unito ha emesso mandato di arresto europeo ai danni del comandante italiano, arresto eseguito in Italia e convalidato dalla Corte di Appello di Roma che ha disposto la consegna del navigante allo Stato straniero. Il ricorso per Cassazione del consegnando, rigettato con la sentenza in commento, ha fatto leva su due aspetti: la presenza della giurisdizione italiana e la irrivalenza della partecipazione all'udienza in Corte di Appello del magistrato di collegamento britannico, concretatosi anche nel deposito di un parere in tema di giurisdizione. In primo luogo, è stata affermata la giurisdizione scozzese. L'illecito per cui si è proceduto è, infatti, chiaramente inquadrabile nella fattispecie dell'omicidio colposo. Non vi è stata, in altri termini, la lamentata confusione tra murder e culpable homicide, posto che chiaramente il mandato di arresto scozzese indicava la condotta del comandante italiano come incauta e la morte del marinaio come effetto di una manovra insufficiente al fine di evitare la collisione. Il fatto è, quindi, punito anche dalla legge italiana, sicché non è evocabile la presunta specialità dell'art. 58 del *Merchant Shipping Act* 1995<sup>224</sup>, cioè l'omicidio in mare. Il provvedimento della Corte d'Appello ha fatto, pertanto, corretta applicazione del principio per cui in caso di perpetrazione di reato su nave mercantile che si trovi nelle acque territoriali di altro Stato, prevale la giurisdizione dello Stato di bandiera allorché l'illecito concerne esclusivamente le attività e gli interessi della comunità nazionale cui appartiene il natante, mentre prevale quella dello Stato costiero ove

---

<sup>224</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/contents>.

le conseguenze del fatto compiuto a bordo si ripercuotano o siano idonee a ripercuotersi all'esterno incidendo su interessi primari della comunità territoriale. Tali interessi vanno valutati con riferimento non solo al bene giuridico tutelato dalla norma di cui si assume la violazione, ma anche alla situazione verificatasi in concreto, che diviene rilevante per lo Stato costiero allorquando per le sue connotazioni realizzi una condizione di effettivo pericolo che, rendendo probabile l'offesa per la pace pubblica del Paese o per il buon ordine del mare territoriale, imponga l'intervento dello Stato costiero. È di tutta evidenza che nella specie le conseguenze del fatto si siano ampiamente ripercosse all'esterno della nave italiana ed abbiano inciso su interessi primari della comunità territoriale scozzese, non potendo sfuggire, al riguardo, che la collisione abbia provocato chiari effetti ambientali. Difettando la giurisdizione italiana, inoltre, non vi è alcuna possibilità di richiamare la lett. p) dell'art. 18 della legge sul MAE, posto che quando la richiesta di consegna riguarda fatti commessi in parte nel territorio dello Stato ed in parte in territorio estero, la sussistenza del motivo di rifiuto previsto dall'art. 18, comma 1, lett. p), L. 22 aprile 2005, n. 69, deve essere valutata alla luce dell'art. 31, comma 2, della Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, il quale fa salvi eventuali accordi o intese bilaterali o multilaterali, vigenti al momento della sua adozione e volti a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna della persona richiesta. Tali ragioni hanno, del resto, portato ad escludere che vi fossero gli estremi per rimettere gli atti alla Corte di Giustizia europea ex art. 267/3 TFUE. Per quanto concerne i magistrati di collegamento, magistrati di collegamento, figure tutte operanti presso il nostro Ministero della giustizia, va ricordato che essi sono stati previsti per effetto dell'azione comune 96/277/GAI del 22 aprile 1996, approvata dal Consiglio in base all'articolo K3 del Trattato sull'Unione europea, che ha stabilito un quadro per lo scambio di magistrati o funzionari particolarmente esperti in procedure di cooperazione giudiziaria sulla base di accordi bilaterali o multilaterali tra gli Stati membri. Alla luce di tale fonte va ricordato che le funzioni di magistrati di collegamento comprendono qualsiasi attività intesa a favorire e accelerare, in particolare mediante l'istituzione di contatti diretti con le autorità giudiziarie del Paese ospitante, tutte le forme di cooperazione giudiziaria in materia penale e, se del caso, civile. Le funzioni di magistrati di collegamento possono anche comprendere qualsiasi attività finalizzata allo scambio di informazioni e statistiche volte a favorire la comprensione reciproca dei sistemi e delle rispettive banche dati giuridiche degli Stati interessati. Il che sta

a significare che trattasi, cioè, di un'attività non tipizzata, ma prevista in maniera da sussumere ogni forma possibile di collaborazione, il che è avvenuto nella specie. Ne consegue che la presenza del magistrato di collegamento in udienza, per quanto non prevista e per quanto sovrabbondante, non è viziante, anche laddove detto magistrato abbia avuto un ruolo attivo.

E, ancora, di pregio giurisprudenziale appaiono le sentenze Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2014, n. 5092 e C.G.U.E., 27 maggio 2014, n. C-129/14 PPU<sup>225</sup>, entrambe relative al principio del *ne bis in idem*.

La prima descrive come in tema di rifiuto dell'esecuzione del mandato di arresto europeo per violazione del *ne bis in idem*, l'identità dei fatti oggetto di procedimenti diversi sussiste quando viene riscontrata la perfetta corrispondenza tra le circostanze storiche contestate, risultando irrilevanti le eventuali divergenze in ordine alla qualificazione giuridica o all'individuazione delle persone offese. Nel caso di specie, la Corte di appello di Torino, in esecuzione del mandato di arresto europeo emesso

dall'autorità giudiziaria romena, ha disposto la consegna di un condannato, con sentenza definitiva, per i reati di traffico di persone, anche minorenni, commessi in danno di soggetti ben individuati. Avverso la sentenza della Corte territoriale proponeva ricorso per cassazione la difesa dell'interessato, deducendo, tra le altre censure, l'inosservanza del divieto di bis in idem, posto che, come emergeva dagli atti processuali, la persona in attesa di consegna, con riferimento agli stessi fatti indicati a fondamento del mandato di arresto (anche se commessi in danno di vittime diverse da quelle menzionate in quest'ultimo), era stata già condannata in Italia, con sentenza passata in giudicato, ad una pena in corso di esecuzione. La Corte di cassazione, condividendo la prospettazione del ricorrente, ha ritenuto sussistente la denunciata violazione del principio del *ne bis in idem*, con la conseguente necessità, in sede di giudizio rescissorio, di una nuova valutazione in merito alla ricorrenza della condizione ostativa alla consegna prevista dall'art. 18, lett. m), della legge di recepimento del mandato di arresto europeo (L. n. 69 del 2005). Da qui, l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata. Difatti, la Corte di cassazione ha affermato, in primo luogo, che l'identità dei fatti oggetto di plurime decisioni sussiste quando sia ravvisabile la

---

<sup>225</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CP0129>.

corrispondenza storico-naturalistica delle circostanze di tempo, di luogo e di persona, nonché di tutti gli elementi costitutivi del reato.

Ribadito tale principio, espressione, peraltro, di un consolidato orientamento giurisprudenziale, la Corte ha precisato, poi, che la verifica dell'identità del fatto deve valorizzare i profili materiali dell'imputazione, senza indugiare su eventuali divergenze nella qualificazione giuridica.

In linea con i più recenti approdi della giurisprudenza europea, la Corte di cassazione ha anche valorizzato la ratio del divieto del *bis in idem*, ricollegandola ad una più estesa tutela dei diritti dell'individuo. L'operatività, dunque, del divieto del *bis in idem* non è preclusa quando i fatti oggetto di imputazione siano ricondotti a titoli di reato diversi, né quando - ferma l'identità delle circostanze accertate nei distinti procedimenti - le rispettive contestazioni differiscano nell'indicazione delle persone offese.

La seconda, quasi a corollario di quella appena delineata, esplica come affinché operi il principio del *ne bis in idem* sia richiesto che la pena inflitta in uno Stato membro sia stata eseguita o sia attualmente in corso di esecuzione, non essendo tale disposizione contraria alla Carta dei diritti fondamentali. Nel caso specifico, il signor *Zoran Spasic*, cittadino serbo, è stato oggetto, rispettivamente, di un mandato d'arresto europeo (MAE) "spiccato" dall'Austria, di un mandato d'arresto nazionale emesso dalla Germania per una truffa commessa a Milano, di una sentenza di condanna del Tribunale di Milano mentre era già in carcere in Austria, e successivamente, di detenzione in Germania. Nel 2009 Spasic ha compiuto una truffa a Milano, riuscendo a farsi consegnare dal sig. Wolfgang Soller, di nazionalità tedesca, la somma di 40mila euro in banconote di piccolo taglio, in cambio di banconote da cinquecento euro, che si sono, poi, rivelate false. Per questa truffa, è stato sottoposto a procedimento penale in Germania, mentre il Tribunale ordinario di Milano lo ha condannato in contumacia - per questo stesso reato - alla pena detentiva di un anno e al pagamento di una multa di ottocento euro (sulla base di una confessione scritta e ai sensi dell'art. 640 (truffa), comma 1, c.p. e l'art. 444, comma 1, c.p.p. Nel frattempo, però, Spasic era stato arrestato in Ungheria - sempre per crimini commessi secondo lo stesso *modus operandi* - e poi consegnato alle autorità austriache che lo avevano condannato a una pena detentiva di sette anni e sei mesi: quindi, Spasic ha pagato la multa irrogata dal Tribunale di Milano, ma non ha scontato la pena detentiva da questo comminata. A questo punto, la

Germania ha emesso un Mandato di arresto europeo (MAE) a seguito del quale le autorità austriache hanno consegnato alle autorità tedesche il sig. Spasic, che dalla fine del 2013 era in detenzione provvisoria in Germania, in attesa di essere giudicato anche qui per il reato di truffa commesso in Italia: peraltro, essendo stato consegnato alle autorità tedesche, l'esecuzione della pena inflittagli in Austria era stata temporaneamente sospesa.

Spasic, però, ha sostenuto che, in base al principio del "*ne bis in idem*", non si potesse procedere penalmente nei suoi confronti per gli stessi fatti, dato che era stata già pronunciata nei suoi confronti, in Italia, una sentenza definitiva ed esecutiva. Secondo le autorità tedesche, in base alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) del 14 giugno 1985, il principio del "*ne bis in idem*" non opererebbe, non essendo stata ancora eseguita in Italia la pena detentiva. Dal canto suo, Spasic ha replicato sostenendo che la condizione dell'esecuzione prevista nella CAAS non potrebbe validamente limitare la portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue: a suo dire, quindi, dovrebbe essere rimesso in libertà perché ha pagato la multa di ottocento euro (e, quindi, ha eseguito la pena che gli è stata inflitta). La C.G.U.E. ha sentenziato, dunque, che l'art. 54 della CAAS subordina l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alla condizione che, in caso di condanna, la pena "sia stata eseguita" o che è attualmente in esecuzione; secondo la Corte di Giustizia tale "condizione supplementare dell'esecuzione", pur rappresentando una limitazione del principio del *ne bis in idem*, è compatibile con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue che garantisce tale principio. Infatti, la condizione dell'esecuzione prevista dalla CAAS non rimette in discussione il principio del *ne bis in idem* in quanto tale, dato che essa mira unicamente a evitare l'impunità di cui potrebbero giovare persone condannate in uno Stato membro con sentenza penale definitiva. Con riferimento al secondo quesito sollevato dal giudice del rinvio, la Corte ha dichiarato altresì che, allorché una pena detentiva e una pena pecuniaria sono pronunciate a titolo principale (come nel caso del sig. Spasic), l'esecuzione della sola pena pecuniaria non è sufficiente per considerare che la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione ai sensi della CAAS: in altre parole, nella fattispecie in questione, il semplice pagamento dell'ammenda penale non può far ritenere che la sanzione sia stata eseguita o che sia in corso di esecuzione.

Infine, la sentenza Cass. Sez. I del 22 settembre 2014, n. 38637 relativa al principio di specialità nella procedura di mandato d'arresto europeo, con la quale la Suprema Corte ne

ha ribadito l'operatività anche in fase di esecuzione, e, con riguardo specifico, anche in relazione alle misure di sicurezza che comportino una restrizione della libertà personale.

La vicenda sottoposta al vaglio dei Giudici di legittimità ha ad oggetto un'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Milano che, investito del reclamo avverso la decisione del Magistrato di sorveglianza competente -con la quale era stata applicata la misura di sicurezza della casa di lavoro per due anni a seguito di dichiarazione di "delinquente abituale" del prevenuto- respingeva le doglianze di quest'ultimo aventi ad oggetto, in particolare, l'eccezione di improcedibilità per mancanza di consenso all'estensione dell'extradizione proprio con riferimento alla domanda di delinquenza abituale e correlativa applicazione della misura di sicurezza privativa della libertà personale. Il procedimento di sorveglianza era stato iniziato a seguito dell'esecuzione del M.A.E. e della consegna, da parte delle autorità spagnole, all'autorità italiana. Il condannato aveva prestato il consenso a che fossero eseguite nei suoi confronti, oltre alla condanna per la quale era stato eseguito il mandato, anche quelle risultanti dal provvedimento di cumulo a suo carico. Nessun consenso, invece, risultava manifestato in ordine all'estensione dell'extradizione anche alla domanda di delinquenza abituale ed alla applicazione della misura di sicurezza restrittiva della libertà. La Suprema Corte ha evidenziato la ratio e la portata del principio di specialità, già sancito nell'art. 14 della Convenzione europea di estradizione (ribadito negli artt. 699 e 721 c.p.p.) e operativo anche nella procedura di mandato d'arresto europeo.

Il principio (o clausola) di specialità, infatti, costituisce regola tradizionale della materia estradizionale, prevedendo esposte condizioni per la caducazione dei limiti da esso imposti ai poteri di giurisdizione dello Stato richiedente, relativamente ai fatti commessi dalla persona estradata prima della consegna, e non coperti dalla decisione dello Stato richiesto. Tali condizioni si sostanziano nel fatto che quest'ultimo abbia prestato consenso all'estensione dell'extradizione (cosiddetta "extradizione suppletiva") o che l'extradando, avendone avuta la possibilità, non abbia lasciato (entro un termine determinato) dopo il suo rilascio definitivo, il territorio dello Stato al quale è stato consegnato o che, dopo averlo lasciato, vi abbia fatto ritorno (cosiddetta "purgazione dell'extradizione"). Le suddette regole sono state riprodotte anche per la procedura semplificata relativa al mandato d'arresto europeo. La già citata L. n. 69 del 2005 stabilisce, all'art. 26 che "la consegna è sempre subordinata alla condizione che, per un fatto anteriore alla stessa e diverso da quello per il

quale è stata concessa, la persona non venga sottoposta a un procedimento penale, né privata della libertà personale in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né altrimenti assoggettata ad altra misura privativa della libertà personale”<sup>226</sup>.

Sulla base di quanto detto e del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la situazione del mancato superamento della clausola di specialità, pendente il rapporto estradizionale e in assenza dei fatti estintivi tipici per effetto della regolare estensione ovvero della purgazione dell’extradizione, si configura quale assenza di condizione per la procedibilità dell’azione nel processo penale interno, ovvero per l’eseguitività della pena<sup>227</sup>, la Corte di cassazione ha potuto facilmente accogliere il ricorso del condannato, specificando come, nonostante gli orientamenti in base ai quali la specialità non si applichi con riferimento alle misure di sicurezza che comportino una semplice limitazione della libertà personale, qualora si versi in ipotesi di misure di sicurezza restrittive della libertà stessa, non applicate con la sentenza di condanna per la quale è possibile emettere il MAE., la clausola produce gli effetti che le sono propri. Come correttamente osservato dai giudici di legittimità, invero, l’assegnazione ad una casa di lavoro, applicata dal magistrato di sorveglianza, ha carattere indubbiamente detentivo ed è, pertanto, soggetta, ai fini dell’applicazione nella procedura del MAE, al consenso espresso, consapevole, inequivoco e consacrato in un atto formale dell’estradatao.

---

<sup>226</sup> Tale disposizione non applica quando:

- a) il soggetto consegnato, avendone avuta la possibilità, non ha lasciato il territorio dello Stato al quale è stato consegnato decorsi quarantacinque giorni dalla sua definitiva liberazione ovvero, avendolo lasciato, vi ha fatto volontariamente ritorno;
- b) il reato non è punibile con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà personale;
- c) il procedimento penale non consente l’applicazione di una misura restrittiva della libertà personale;
- d) la persona è soggetta a una pena o a una misura che non implica la privazione della libertà, ivi inclusa una misura pecuniaria, anche se può limitare la sua libertà personale;
- e) il ricercato ha acconsentito alla propria consegna, oltre a rinunciare al principio di specialità con le forme di cui all’art. 14;
- f) dopo essere stata consegnata, la persona ha espressamente rinunciato a beneficiare del principio di specialità rispetto a particolari reati anteriori alla sua consegna. Tale rinuncia è raccolta a verbale dall’autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione, con forme equivalenti a quelle indicate all’art. 14 L. n. 69 del 2005, che disciplina la manifestazione del consenso alla consegna, richiedendo che lo stesso sia validamente espresso e consapevole.

<sup>227</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 28 febbraio 2001, n. 8.

## Conclusione

Alla luce di quanto sinora emerso dalla trattazione in oggetto, appare evidente come il percorso di integrazione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale fra Paesi appartenenti all'Unione Europea sia ancora *in fieri* e, con ogni probabilità, ancora lontano da una sua concreta ed efficace realizzazione.

Tuttavia, lo strumento giuridico del Mandato di Arresto Europeo si è effettivamente dimostrato una pietra angolare di tale auspicata prospettiva europea che ha consentito, seppur parzialmente, il raggiungimento di una prima fase di armonizzazione - e non, sia chiaro, sovrapposizione e/o unificazione - dei sistemi penali vigenti nei Paesi dell'Unione Europea.

Infatti, il Mandato di Arresto Europeo, oltre a esplicitare i suoi effetti giuridici di indubbia semplificazione rispetto al percorso estraditivo, ha consentito una profonda riflessione in termini giuridici su tematiche di aspetto comune; ha incalzato studiosi e operatori del diritto di estrazione sociale, culturale e giuridica sicuramente dissimile a confrontarsi sulla base di un testo comune in ambiti, prima del 2002, inesplorati. Tale fatto rappresenta, di per sé, una effettiva rivoluzione giuridica in ambito europeo.

Nondimeno, il processo di integrazione nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed in particolare nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, non può considerarsi esaurito. Le nuove sfide proposte dalla contingente situazione geopolitica internazionale, con particolare riferimento alla minaccia terroristica dalle caratteristiche mondiali e allo sviluppo di una criminalità organizzata sovranazionale, impongono un'attenta riflessione circa la direzione che l'Unione Europea vorrà intraprendere. Immaginare oggi il concetto di Stato Nazionale dal profilo ottocentesco isolato nella sua pretesa esclusiva sovranità risulta quantomai anacronistico nonostante l'indirizzo espresso dal recente *British withdrawal from the European Union Referendum* del 23 giugno 2016. Parimenti, l'afflato antieuropeista dilagante fra i vari Paesi dell'Unione promosso dai cosiddetti "partiti euroscettici" non può e non deve essere sottovalutato. Urge, dunque, una scelta ben precisa al fine di perpetuare il lungo progetto iniziato il 9 maggio 1950 con la Dichiarazione Schuman che risulta con ogni probabilità essere quella



di creare un soggetto politico forte, in grado di convogliare le esigenze politiche, economiche, giudiziarie dei suoi Paesi membri.

Per questi motivi, la riscoperta in termini giuridici del percorso sviluppatosi per il raggiungimento della Decisione Quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, delle motivazioni che ne hanno costituito il sostrato, dei recepimenti dei diversi Stati membri e, infine, dei dibattiti dottrinali e giurisprudenziali ad essa collegati fornisce, oggi più che mai, uno spunto di riflessione sul Destino della Nostra Europa poiché *“la pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano”* (R. Schuman, *dichiarazione Schuman*, Parigi, 9 maggio 1950).

## Bibliografia

- Andolina E., *Misure reali e spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009;
- Avola Faraci R.M., Rossini V.M., *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, a cura di Chiavario M., De Francesco G., Manzione D., Marzaduri E., Torino, 2006;
- Balbo P., *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Torino, 2005;
- Barazzetta A., *I principi di specialità e doppia incriminazione: la loro rivisitazione nel mandato di arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di Pedrazzi M., Milano, 2004;
- Barbe E., *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne: mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *Révue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002;
- Barbieri A., *Commento all'art. 221. 22 aprile 2005, n. 69*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*;
- Bargis M., *Il mandato d'arresto europeo: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2003, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Pol. dir.*, 2004;
- Bargis M., Selvaggi E., a cura di, *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005; Caianello, V. Vassalli, G., *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002;
- Battista D., Frigo G., *Cautele particolari se il soggetto è minore*, in *Guida dir.*, 2005, n. 19;
- Bellucci A., *La verifica sul contenuto del mandato di arresto e sui documenti allegati ai fini dell'esame della inchiesta di consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di Kalb L., Milano, 2005;
- Bronzini G., *L'Unione in mezzo al guado: l'accordo sulla Costituzione europea*, in *Quest. giust.*, 2004;
- Bruti Liberati E., Patrone I.J., *Il mandato d'arresto* in *Quest.giur.*, 2002;
- Caianiello M., *Il Principio di Specialità*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*;
- Calvanese E., De Amicis G., *Il nodo delle condanne in contumacia*, in *Guida dir.*, 2005, n. 19, *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken la lunga strada del mandato d'arresto*

europo, in Guida al diritto, 2002, *Via libera al mandato di cattura formato Europa*, ivi, 2002;

- Calvanese E., *Principio di specialità e consenso dell'extradato*, in Cass. Pen., 2003;
- Calvano R., *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007;
- Caprioli F., *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzie*, a cura di Rafaraci T., Milano, 2007;
- Cassese A., *Il recepimento da parte italiana della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in Dir. pen. proc., 2003;
- Ceresagastaldo M., *I mezzi di impugnazione* in AA.VV. Bargis M., Selvaggi E., a cura di, *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005;
- Chelo A., *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010;
- Chiavario M., De Francesco G., Manzione D., Marzaduri E., a cura di, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2006;
- Chiavario M., *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013, *Un tema sempre più scottante: il «mandato d'arresto europeo»*, in Legisl. pen., 2003, *Diritto processuale penale*, 4° ed., Torino, 2009 ;
- Ciampi S., *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in Dir. penale contemporaneo, 2012;
- Cuoco C., *Disciplina della procedura attiva di consegna*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo* ;
- Dalia A.A., Ferraioli M., *Manuale di diritto processuale penale*, 2013;
- Dalia G., *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna* ;
- Daraio G., *I «provvedimenti provvisori» ed il «sequestro di beni» nella procedura passiva di consegna*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo, dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di Bargis M., Selvaggi E., Torino, 2005;
- De Amicis G., *I primi anni di esperienza del mandato di arresto*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del XX convegno nazionale*

dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, svolto a Torino il 26-27 settembre 2008, Milano, 2010;

- De Amicis G., Iuzzolino G., *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008, , *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in Cass. pen., 2004;
- De Francesco G., *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in Dir. pen. proc., 2003;
- De Leo F., *La Convenzione sul futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in Dir. pen. proc., 2003;
- Dedola R., Frigo G., *La Cassazione "diventa" giudice di merito*, in Guida dir., 2005, n. 19;
- Della Monica G., *Il mandato di arresto europeo*, 2012, Id., *Il mandato di arresto europeo*, in Kalb L., *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano*, Torino, 2012;
- Delmas Marty M., Vervaele J.A.E. (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Intersentia, Antwerpen/Groningen/Oxford, 2000;
- Draetta U., *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in il dir. dell'Un. Eu., 2007;
- Flore D., *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in journal des Tribunaux, 2002;
- Fortezza E., *La tutela dei diritti fondamentali nella disciplina del mandato d'arresto europeo tra ordinamento interno e comunitario*, Pisa, 2013;
- Galantini N., *Prime osservazioni sul mandato di arresto europeo*, in Foro ambr., 2002;
- Gialuz M., *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in Dir. Pen. proc., 2012;
- Grevi V., *Il «mandato d'arresto europeo» tra ambiguità politiche ed attuazione legislativa*, 2002;
- Iovino F.P.C., *Le funzioni assegnate al Ministro della giustizia quale «autorità centrale»*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*;
- Iovino P.F., *La costituzionalità del mandato di arresto europeo*, Napoli, 2009;
- Iuzzolino G., Plastina N., *Il mandato di arresto europeo: rassegna di giurisprudenza 2005-2009*, in Foro it., 2009, n. 12;

- Iuzzolino G., voce *Mandato d'arresto europeo (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, *Cooperazione internazionale e mandato d'arresto europeo*, in *Dir. e giust.*, 2003, *Il mandato di arresto europeo: la procedura attiva*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher G., vol. VI, Torino, 2009;
- Kalb L., a cura di, *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, ID *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, *Il consenso alla consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna* ;
- Lang A., *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di Pedrazzi M., Milano, 2004;
- Lugato M., *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo* in *Riv. dir. Int.*, 2003;
- Manzione D., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Legisl. pen.*, 2002, *Decisione-quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, diretto da Chiavario M., De Francesco G., Manzione D., Marzaduri E., Torino, 2006;
- Marchetti M.R., *La normativa italiana di attuazione del mandato di arresto europeo: breve cronaca di un'inadempienza annunciata*, in AA.VV., *Cittadinanza europea, accesso al lavoro e cooperazione giudiziaria*, Trieste, 2005, *La disciplina del mandato di arresto europeo*, II, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari reali*, in *Dir. pen. e processo* 2005, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, *Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo: problemi di diritto transitorio*, in AA.VV. *Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo* di Bargis M., Selvaggi G.;
- Menna M., *Il mandato d'arresto europeo tra conflitti di sistemi normativi e valutazioni casistiche*, in *Dir. Pen. e processo*, 2010;
- Murone M., *La decisione sulla consegna: contenuti, dinamica e vicende*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di Pansini G., Scalfati A., Napoli, 2005;
- Pansini G., Scalfati A., a cura di, *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005;
- Pedrazzi M., a cura di, *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004;

- Piattoli B., *La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Dall'extradizione al mandato di arresto europeo*, Bargis M. – Selvaggi E., Torino, 2005;
- Picotti L., *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina della legge italiana di attuazione*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna* ;
- Pisani M., *La consegna dell'estraddando: tipologie ed equipollenti*, in *Temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2001;
- Pulito L., *La destatuazione delle garanzie nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010;
- Ragozzino A., *La consegna della persona ricercata: termini e modalità*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*;
- Romano M., *L'arresto di polizia e la convalida*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di Pansini G., Scalfati A., Napoli, 2005
- Roza Acuña E., a cura di, *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione*, Padova, 2004;
- Salazar L., *L'extradizione nella convenzione di Schengen*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002 ;
- Sammarco A.A., *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato di arresto europeo*;
- Savy D., *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012;
- Selvaggi E., Villoni O., *Questioni reali e non sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002;
- Selvaggi E., *Il mandato d'arresto europeo alla prova dei fatti*, "Mandato di arresto Europeo" Bargis M., Selvaggi E., 2002., ID, *Attuazione del mandato europeo di arresto tra incomprensioni e... pretesti*, "Mandato di arresto Europeo";
- Siracusano F., *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2010, *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, *Il procedimento di emissione del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo: dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di Bargis M., Selvaggi E., Torino, 2005;

- Spagnolo P., *Il mandato d'arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronunce giurisprudenziali e primi contrasti interpretativi*, in *Legislazione penale*, 2007;
- Tesauro G., *Diritto dell'Unione Europea*, 2012;
- Tiberi M., voce *Mandato di arresto europeo*, in *Dig. pen., Agg.*, III, Torino, 2005;
- Vassalli G., *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. e giust.*, 2002;
- Viarengo I., *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, Pedrazzi M. (a cura di);
- Zanetti E., *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, 2009.